Colizzi

SIRO SOLAZZI

STUDI SULL'"ACTIO DE PECULIO"

ROMA
ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
Corso Umberto I, 307
(presso il CIRCOLO GIURIDICO)
—
1908

Estratto dal *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*
Anno XVII, fascicoli IV-VI

Roma - Forzani e C., tipografi del Senato.

STUDI SULL' "ACTIO DE PECULIO"

Ubi est peculii nomen, ibi semper nodus vel scrupulus aliquis.

CUIACII in lib. IX *Quaest. Papin.* ad l. 50 D. 15. 1 (*Opera omnia*, Neapol. IV, 196).

I.

Actio de peculio contro venditore e compratore.

Sommario. — 1. La l. 37 § 2 D. 15. 1, e la sua pretesa interpolazione. — 2. Legittimazione passiva dell'actio de peculio, allorchè il peculio è comune a più condomini - Actio in solidum; principii che la regolano - Non si applica al caso del compratore e del venditore - (In nota: confutazione dell'opinione contraria sostenuta a questo riguardo da alcuni autori - difesa dell'interpretazione, data alla l. 27 § 8 D. 15. 1, contro le osservazioni del Keller). — 3. Si dimostra che la l. 37 § 2 cit. non è interpolata, e si determina il significato della frase finale « postquam placuit rei. ». — 4. I dubbi dei giureconsulti romani sulla determinazione della persona « penes quem est peculium » nel caso di vendita del servo insieme col peculio (In nota: le divergenze dei giureconsulti circa la legittimazione passiva dell'actio annalis nel caso di legato del peculio). — 5. L'actio de peculio contro il compratore per i debiti « ex ante gesto » - Esame dei testi. — 6. Interpretazione della l. 11 § 8 D. 15. 1 - Sua importanza per la teoria della consumazione - Le dottrine di Giuliano e di Ulpiano sul concorso dell'actio de peculio contro il compratore e dell'actio annalis contro il venditore. — 7. Il fondamento dommatico dell'actio ex ante gesto - Interpretazione della l. 42 D. 15. 1. — 8, Rapporti tra il vecchio e il nuovo padrone - Il venditore non ha azione contro il compratore per i crediti verso lo schiavo anteriori alla vendita - Esame delle ll. 11 § 7 D. 15. 1; 30 pr. D. 19. 1; 27 § 5 e 7 D. 15. 1. — 9. L'azione del venditore per le obbligazioni assunte dallo schiavo posteriormente alla vendita - L'azione del compratore per le obbligazioni dello schiavo anteriori alla vendita - Analisi della l. 38 § 3 D. 15. 1 - Redazione della formula nell'azione « deducto peculio » delle ll. 27 § 6 e 47 § 4 D. 15. 1. — 10. Rapporti tra l'actio de peculio contro il compratore e l'actio annalis contro il venditore - La divisione dell'azione: conflitto tra la l. 47 § 3 e la l. 27 § 3 D. 15. 1. — 11. L'obbiezione capitale del Ferrini contro l'interpretazione comune della l. 47 § 3 cit., e la portata della restitutio in integrum - La genuinità del contenuto della l. 47 § 3 è inattaccabile. — 12. Se nel giudizio restituito si debba valutare lo stato attuale del

peculio, o risalire al momento del primo giudizio - Il significato storico e dommatico della l. 32 § 1 D. 15. 1. — 13. Se il creditore, che ha perduto la lite col venditore, possa essere restituito in intiero contro il compratore - Il fondamento della distinzione accolta nella l. 30 § 5 D. 15. 1. — 14. Vendita dello schiavo dopo la contestazione della lite - Lo spirito della decisione contenuta nella l. 43 D. 15. 1 - Osservazioni sulla formula dell'actio de peculio.

1. Per lo studio della consumazione processuale dell'actio de peculio è specialmente interessante un gruppo di testi, che trattano dei rapporti fra i creditori da una parte, e il compratore e il venditore dello schiavo dall'altra.

Incominciamo dalla l. 37 § 2 D. 15. 1 [1]), perchè l'interpolazione di essa è affermata dal Lusignani [2]) e dal Bonfante [3]), sebbene questo frammento di Giuliano sia affatto estraneo al tema della consumazione processuale e del concorso delle azioni.

Ho venduto a Sempronio un servo, di cui ero condomino insieme con Tizio: si domanda se nell' actio de peculio, intentata contro Tizio o contro Sempronio, debba calcolarsi il peculio che è presso di me, o, in altre parole, se Tizio o Sempronio debbano essere condannati anche nell' ammontare del mio peculio. Giuliano decideva, che Sempronio non dovesse mai rispondere per il peculio di mia pertinenza, poichè non avrebbe alcuna azione per farsi da me rimborsare. Invece, agendo con Tizio, il peculio «quod apud me est» sarà computato, a seconda che sia decorso un anno o meno dalla vendita. Non lo sarà nel primo caso, «quia iam mecum agi de peculio non posset»; lo sarà nel secondo, «postquam placuit alienato homine permittendum et cum emptore et cum venditore agere».

Queste ultime parole sono state severamente condannate, e sono

1) IULIANUS, *l. 12 Digestorum*: «Servum communem, quem cum Titio habebam, vendidi Sempronio: quaesitum est, si de peculio cum Titio aut cum Sempronio ageretur, an eius peculii, quod apud me esset, ratio haberi deberet. Dixi, si cum Sempronio ageretur, numquam rationem eius peculii, quod apud me esset, haberi debere, quia is nullam adversus me actionem haberet, per quam id quod praestitisset consequi posset. Sed et si cum Titio post annum quam vendidissem ageretur, similiter non esse computandum peculium quod apud me est, quia iam mecum agi de peculio non posset. Sin autem intra annum ageretur, tunc quoque habendam huius peculii rationem, postquam placuit alienato homine permittendum creditori et cum venditore et cum emptore agere».

2) *La consumazione processuale dell'«actio de peculio»*, p. 21 sgg.

3) *Istituzioni*, p. 126, n. 1 (3ª edizione).

nondimeno innocenti. Ce ne persuaderemo ascoltando i motivi della condanna [1]).

O Tizio è stato convenuto dopo l'anno da che la vendita è avvenuta, ed allora egli non risponde affatto del peculio che io ho, « quia iam mecum agi de peculio non posset ». O Tizio è stato convenuto « intra annum », ed allora deve rispondere di tutto; e la ragione logica che si aspetterebbe da Giuliano, dopo quanto egli precedentemente ha esposto, dovrebbe essere: perchè solo in tal caso Tizio convenuto ha mezzo di rifarsi di quanto ha sborsato per me, chiamandomi in giudizio con l'actio annalis de peculio.

Ora a noi sembra che questa ragione logica del Lusignani non avrebbe mai potuto essere addotta da Giuliano, se voleva evitare un errore. A Tizio non può competere l'actio annalis, per farsi rimborsare ciò che ha pagato per conto del condomino. L'actio annalis è data, in luogo di quella de peculio, per i debiti contratti dal servo o dal figlio prima che cessasse di esistere il peculio. E però l'actio annalis potrebbe, quando mai, spettare a Sempronio, se egli fosse stato creditore del servo prima di comperarlo [2]); ma non si concepisce a favore di Tizio, il quale, essendo stato insieme con me proprietario del peculio e del servo, non ha potuto avere per fatto di costui un'actio de peculio contro di me [3]), e non può conseguentemente avere dopo la vendita da me compiuta l'actio annalis [4]).

[1]) Cfr. LUSIGNANI, loc. cit.

[2]) Cfr. l. 11 § 8, l. 27 § 6, l. 47 § 4 D. 15. 1, l. 8 § 1 D. 33. 8, dove il principio è sempre ricondotto a Giuliano.

[3]) Cfr. l. 19 § 2 e l. 20 D. 15. 1. — ULPIANUS, *l. 29 ad edictum*: « ... quamvis in duobus dominis sufficiat pro socio vel communi dividundo actio ». PAULUS, *l. 30 ad edictum*: « nam inter se agere socii de peculio non possunt ».

[4]) Nella l. 29 pr. D. 15. 1 i coeredi hanno l'uno contro l'altro l'actio annalis, perchè essi contrattarono col servo prima di divenire eredi del domino, in un tempo cioè, in cui dai contratti intervenuti col servo potè nascere l'actio de peculio, che alla morte del domino si è trasfusa nell'actio annalis. Invece per i debiti contratti dal servo col padrone Scevola nega agli eredi ogni azione de peculio contro il coerede prelegatario del servo e del peculio (l. 54 e 58 D. 15. 1), e quindi anche l'actio annalis per l'ipotesi che il prelegatario avesse compiuto l'ademtio del peculio e resa improponibile l'actio de peculio pura; la quale soluzione è, a mio avviso, giustissima, perchè il domino non aveva per quei debiti un'actio de peculio che potesse essere sostituita dall'actio annalis. Cfr. schol. 236 e 237 (Stefano ed Anonimo) in ZACHARIAE, *Supplementum*, p. 234 e 235. [Contro l'interpretazione proposta dal BEKKER, *Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht*, 4, p. 511 delle ll. 54 e 58 citt., cfr. MANDRY, *Peculium dupl. iuris* nella *Zeitschr. f. Rechtsgesch.* 8 (1869), p. 398, n. 17].

Se si vuole intendere il « postquam... agere », e nello stesso tempo acquistare la prova che esso non è « un' infelicissima appiccicatura posteriore, che rovina e confonde tutto il ragionamento genuino del giurista », fa d' uopo stabilire su quali principii si fonda la responsabilità solidale di Tizio.

2. Diremo brevemente dell' influenza che esercita sulla legittimazione passiva dell' actio de peculio, il fatto che il servo sia « communis ».

Conseguenza naturale del condominio sul servo è la comunione del peculio, di tal guisa che alcuni passi (per es. la nostra l. 37 § 2) non sentono neppure il bisogno di rilevarla, e l' esistenza di « peculia separata » appare nelle fonti come cosa del tutto eccezionale [1]). Per un equo riguardo verso il creditore che ha contrattato col servo [« est enim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit »] [2]) fu ammesso, (e pare per opera di Giuliano, la cui autorità è invocata in quasi tutti i testi che applicano il principio di cui si tratta) [3]), che ciascuno dei condomini partecipi del peculio potesse essere convenuto con l' actio de peculio *in solidum*, vale a dire che agli effetti della condanna dovesse computarsi tutto il peculio, *universum peculium*, e non soltanto la quota appartenente al convenuto [4]). Il quale d' altronde non è pregiudicato in modo irreparabile, perchè con l' actio communi dividundo o pro socio può farsi indennizzare dagli altri condomini [5]).

[1]) Cfr. ll. 15 e 16 D. 15. 1, 1 § 2 e 27 D. 45. 3; MANDRY, *Pec. dupl. iuris*, p. 387 sgg.

[2]) L. 27 § 8 D, 15. 1.

[3]) Cfr. l. 11 § 9, 12, 13, 27 § 8, 28 D. 15, 1; l. 13 § 2 D. 14. 3; l. 9 e 25 D. 10. 3.

[4]) Il principio giulianeo è completamente frainteso dal KARLOWA, *Römische Rechtsgesch.* II, p. 1147 sgg., il quale insegna che nel caso di comunione del peculio ciascun condomino era tenuto per l' intero debito, altrimenti in una quota parte.

[5]) Tuttavia si potrebbe obbiettare: chi risarcirà al condomino, che ha pagato anche per l' altro, le spese che potessero poi occorrere nel giudizio di rivalsa, chi a lui garantirà la solvibilità del socio, « cum et sumptus in petendo et eventus exsecutionis possit esse incertus »? E della somma sborsata non perderà sempre gli interessi, almeno durante il tempo che è concesso per eseguire il giudicato (cfr. sul tempus iudicati WENGER, *Actio iudicati*, p. 242 sgg.), e molto più a lungo, se si dovesse ricorrere alla venditio bonorum, « (cum) et cogitanda sit mora temporis, quod datur iudicatis, aut venditionis bonorum, si id magis faciendum erit »? Tutto questo non è sfuggito ad un giurista ricco di senso pratico, come Scevola (l. 2 quaestionum), il quale intende che il convenuto sia assolto dall' obbligo di

Questa è la ragione per cui la regola non vale «in emptore et venditore [1]), in fructuario et proprietario, in domino et bonae fidei emptore» (l. 13 D. 15. 1), «si duo sint bonae fidei possessores, si duo sunt fructuarii» (l. 15 D. eod.). Poichè costoro «nullam inter se habent societatem», mancherebbe al convenuto, condannato nell'intero ammontare del peculio, ogni azione per rivalersi verso i titolari dei patrimoni in cui sono comprese le varie frazioni del peculio. Conseguentemente Giuliano nella l. 37 § 2 cit. decide: «si cum Sempronio ageretur, numquam rationem eius peculii, quod apud me esset, haberi debere, quia is nullam adversus me actionem haberet, per quam id quod praestitisset consequi posset».

Tali concetti, che stabiliscono il fondamento dell' actio in so-

pagare anche per il socio, se preferisca cedere le azioni che ha contro quest'ultimo «Quod... dicitur, si cum uno ex sociis agatur, universum peculium computandum quia sit cum socio actio, in eodem redibit, si actiones paratus sit praestare: et in omnibus, quos idcirco teneri dicimus quia habent actionem, delegatio pro iusta praestatione est» (l. 51 D. 15. 1).

A volte poi (cfr. MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht*, II, p. 374) il condomino potrà ricorrere ad un rimedio anche più radicale, consentito da Giuliano; ed è la cessione delle res peculiares (l. 9 D. 10. 3). AFRICANUS, *l. 7 quaestionum*: «... Etenim dominum, cum quo de peculio agitur, si paratus sit rebus peculiaribus petitori cedere, ex causa audiendum putavit, scilicet si sine dolo malo et frustratione id faciat». Per tal modo egli evita la condanna, (non l'assunzione della lite: cfr. MANDRY, *Familiengüterr.* II, p. 363).

Del resto gli inconvenienti temuti da Scevola sono attenuati dal fatto che il condomino può agire con l'actio communi dividundo, appena condannato «et antequam praestet» (l. 15 D. 10. 3).

[1]) Nella dottrina questo punto è contrastato: c'è chi ritiene che Giuliano abbia avuto un'opinione diversa dagli altri giuristi, ed abbia ammesso che nel giudizio contro una di queste persone (compratore o venditore) si dovesse tener conto anche del peculio appartenente all'altra. Cfr. KELLER, *Commentatio ad l. si ex duobus 32 pr. § 1 ff. de peculio*, p. 96 sgg. *Litis Contestation*, p. 558; BEKKER, *Process. Consumption*, p. 310 sgg., *Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht*, 4, p. 513; DIETZEL, *Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts* III, p. 29.

Forse di quest'opinione è anche l'ERMAN, *Zeitschr. der Sav. St. f. Rechtsgesch.* 20, p. 245, 247, che la l. 27 § 3 D. 15. 1 riferisce ad un caso in cui il possessore del peculio ha regresso contro gli altri aventi diritto. (Un'opinione altrettanto originale quanto decisamente errata professa il MENGE, *De actione de peculio servorum*, p. 37, il quale crede che solo il venditore potesse essere convenuto «etiam emtoris nomine», cioè anche nell'ammontare del peculio appartenente al compratore).

Il maggiore incentivo alla disputa era dato proprio dalla nostra l. 37 § 2, il cui testo nella Fiorentina suona: «... quem cum Titio aut cum Sempronio habebam, Titio vendidi». Ma dopochè col sussidio dei Basilici (ZACHARIAE, *Supplem.*

lidum e ne segnano i confini, sono lucidamente esposti da Gaio (l. 9 ad edictum provinciale) nella l. 27 § 8 D. 15. 1:

«Si quis cum servo duorum pluriumve contraxerit, permittendum est ei cum quo velit dominorum in solidum experiri: est enim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit: nec huius dumtaxat peculii ratio haberi debet, quod apud eum cum quo agitur is servus haberet, sed et eius quod apud alterum. Nec tamen res damnosa futura est ei qui condemnatur, cum possit rursus ipse iudicio societatis vel communi dividundo quod amplius sua portione solverit a socio sociisve suis consequi. Quod Iulianus ita locum habere ait, si apud alterum quoque fuit peculium, quia eo casu solvendo quisque

p. 224) il Mommsen è riuscito a rettificare il testo, che già prima (cfr. gli stessi KELLER, *Comment.* p. 100 sgg. e BEKKER, *Consumpt.* p. 31?, n. 19) erasi dovuto per motivi intrinseci ed estrinseci riconoscere guasto, questo, che era il principale argomento della tesi avversaria, ha perduto ogni efficacia. Quanto agli altri passi, non ne hanno mai posseduta.

Esamineremo più avanti (v. num. 8 e 6) il significato delle ll. 11 § 7 e 11 § 8 D. 15 1. La l. 27 § 3 D. eod., come dimostreremo a suo tempo (v. num. 10), prova soltanto che Giuliano, a differenza di altri giuristi, ammetteva che l'attore potesse dividere il credito, e chiamare in giudizio per una parte il compratore, per l'altra il venditore. L'*agere cum uno in solidum* della l. 27 § 3 non significa che nel giudizio contro di uno si abbia a computare l'intero peculio, ma che l'attore richiede l'intero ammontare del credito. In altri termini, all'espressione *in solidum* non è sottinteso *peculium* [come si potrebbe dir ciò di due peculii distinti, quali sono il peculio del compratore e quello del venditore? — ciò è detto benissimo invece del peculio comune ai varii condomini (cfr. l. 11 § 9 e l. 15 D. h. t.; nella l. 27 § 8 D. 15. 1 è dubbio se si debba sottintendere *creditum* o *peculium*; cfr. BARON, *Die adjecticischen Klagen*, p. 79, n. 35], ma *creditum*.

La l. 13 D. 15. 1 è poi direttamente contraria alla tesi qui combattuta, perchè Giuliano vi nega che il compratore e il venditore potessero dedurre «quod alteri debetur», mentre avrebbe dovuto valere il principio opposto (cfr. l. 11 § 9 D. eod.) se ciascuna di quelle due persone avesse potuto esser chiamata a rispondere anche del peculio dell'altra.

L'unico passo, che potrebbe apparentemente dar ragione alla teoria che vogliamo confutare, è la l. 43 D. 15, 1; ma sarà facile convincersi che esso contempla un caso speciale, come del resto riconosce lo stesso KELLER, *Comment.* p. 106 sgg. (v. più innanzi num. 14).

Invece la l. 11 § 8, la l. 30 § 5, la l. 37 § 2 e la l. 47 § 3 D. 15. 1, nonchè la l. 27 § 3 D. 15. 1, quando si abbia presente il rimedio suggerito da Giuliano della divisione dell'azione, mostrano che il compratore e il venditore sono tenuti ciascuno nei limiti del proprio peculio.

Sulla questione accennata in questa nota ha buone osservazioni il MANDRY, *Pec. dupl. iuris*, p. 404 sgg., col quale ci accordiamo nella conclusione.

etiam socium aere alieno liberare videtur: at si nullum sit apud alterum peculium, contra esse, quia nec liberare ullo modo aere alieno eum intellegitur ».

È qui da segnalare in modo speciale l'ultima osservazione di Giuliano, da lui ribadita nella l. 28 che segue immediatamente il passo di Gaio [1]), perchè in essa sta la giustificazione delle parole incriminate dal Lusignani. Acciocchè il convenuto possa essere condannato anche nel peculio che appartiene agli altri condomini, bisogna che presso costoro si trovi effettivamente una porzione del peculio: se questa porzione non sussiste (ad es. è stata erogata nel pagamento di altri creditori, è esaurita dai crediti del condomino per cui spetta il ius deductionis), o se il condomino è insolvibile (ad es. è morto senza che nessuno abbia raccolto la sua successione), allora il domino convenuto dovrà essere condannato nella misura del suo peculio, « quatenus peculium apud eum erit », e in quella porzione che potrà ottenere nel concorso sui beni dell' insolvente, « et quantum ex bonis consequi potest ».

Il diritto alla rivalsa presuppone cioè che il socius, dal quale si pretende il rimborso, sia stato liberato da un debito, « quia eo casu solvendo quisque etiam socium aere alieno liberare videtur ». Pongasi pertanto che il socio non sia più soggetto all' actio de peculio, (neppure all' actio annalis), e si dovrà venire alla conseguenza, che, chiunque degli altri soci pagasse, nulla pagherebbe per lui, « nec liberare ullo modo aere alieno eum intellegitur », e non potrebbe affacciare alcun diritto ad essere risarcito [2]).

[1]) IULIANUS, *l. 12 Digestorum* : « Quare et si socio neque heres neque bonorum possessor extitisset, eatenus damnari debet is cum quo actum fuerit, quatenus peculium apud eum erit et quantum ex bonis consequi potest ».

[2]) Da questa, che a noi pare la più naturale interpretazione della l. 27 § 8, si allontana il KELLER, *Comment.* p. 82 sgg. (cfr. anche dello stesso autore *Litis Cont.* p 550 sgg., e MENGE, op. cit. p. 49), secondo cui Giuliano e Gaio ammetterebbero qui, anche pel caso di peculia separata, che ciascun condomino dovesse essere condannato nel peculio proprio e in quello degli altri. Ma tale opinione non si desume dal testo di Gaio, nè è vero che le parole di Giuliano « quod Iulianus ita locum habere ait rel. » acquisterebbero un senso assurdo, se si ritenesse che il « quod amplius sua portione solverit » alluda alle quote del peculio anzichè a quelle della proprietà del servo.

Nota il Keller che, se uno dei condomini paga più della sua porzione di peculio, ciò significa necessariamente che anche presso l'altro condomino esiste una

Ma, dacchè la possibilità del risarcimento è ciò che fonda e legittima l'actio in solidum, ogni qual volta uno dei condomini non sia più tenuto verso i creditori peculiari, non si potrà neanche nella condanna dell'altro condomino tener conto dei beni ex-peculiari che si trovassero presso il primo.

3. È chiaro ora il motivo per cui Giuliano (l. 37 § 2) non poteva consentire che nell'azione promossa contro Tizio si computasse il peculio «quod apud me est», prima che fosse riconosciuta al creditore la facoltà di agire «alienato homine» *et cum venditore et cum emptore*. Se si fosse accordata unicamente l'actio de peculio contro il compratore, e non si fosse data l'actio annalis contro il venditore, io non sarei più obbligato verso i creditori peculiari, ed essi non potrebbero pretendere che Tizio fosse condannato anche nel valore del peculio a me pervenuto, giacchè poi Tizio non avrebbe diritto ad essere rimborsato da me. In tanto io sono tenuto a risarcire Tizio, in quanto egli mi libera da un debito; ma ciò non accadrebbe, se io venditore non fossi soggetto all'actio annalis.

La chiusa della l. 37 § 2 non è dunque in contraddizione col contenuto del frammento giulianeo; ma tutta la legge invece è in per-

porzione del peculio, altrimenti il primo condomino possederebbe tutto il peculio e non soltanto una quota: non potrebbe quindi soggiungersi con Giuliano che il condomino ha diritto al rimborso, «si apud alterum quoque fuit peculium». Ma questo ragionamento nasconde un equivoco. Certo, se un condomino paga «amplius sua portione», vuol dire che esiste un peculio comune a lui ed agli altri condomini. Tuttavia questi potrebbero ad es. essere creditori dello schiavo per un ammontare che uguagli o superi la rispettiva porzione del peculio; i diritti costituenti il peculio continuerebbero ad essere comuni, ma, poichè si detrae dal peculio tutto ciò che è dovuto al domino, bisogna in questo caso concludere che per i creditori peculiari «nullum est apud alterum peculium». E analogamente nell'altro esempio da me indicato nel testo. Ben fondata è dunque l'avvertenza di Giuliano: che non basta la comunione delle cose peculiari perchè il condomino possa essere convenuto nell'intero peculio, occorre che pagando egli liberi da un debito l'altro condomino, e ciò non accade allorchè il condomino non è più soggetto all'actio de peculio, perchè, pur avendo ancora la comproprietà delle cose peculiari, non ha un peculio agli effetti dell'azione omonima.

Cfr., contro Keller, BEKKER, *Consumpt.* p. 313 sgg., BARON, op. cit. p. 74, e con migliori argomenti MANDRY, *Pec. dupl. iur.* p. 392 sgg., il quale mette opportunamente in rilievo l'impossibilità di considerare come un peso derivante dalla comunione quel debito che colpisce il condomino solo per il peculio separato di sua pertinenza, mentre Giuliano parte dal presupposto che il condomino convenuto possa farsi rimborsare con l'actio communi dividundo o pro socio.

fetto accordo con le ragioni sulle quali riposa l'actio in solidum, e coi principii che si desumono dagli altri testi [1]).

Del resto Giuliano non dice, come hanno supposto i sostenitori dell'interpolazione, che fosse lecito agire successivamente contro il venditore e il compratore; nè aveva ragione di dirlo, in un passo che non si occupa exprofesso dei rapporti fra l'actio de peculio contro il compratore e l' actio annalis contro il venditore dello schiavo. Se il nuovo e l' antico padrone potessero essere convenuti uno dopo l'altro, o se a ciò fosse d' ostacolo la consumazione e l'attore dovesse scegliere tra i due, tutto questo Giuliano avrà potuto discutere in altro punto della sua opera e decidere come che sia: qui importava soltanto di ricordare che il venditore è tenuto con l' actio annalis, perchè questa è la condizione necessaria, affinchè il quesito propostosi da Giuliano - se il condomino debba essere condannato anche nell' ammontare del peculio appartenente all' altro condomino, che ha venduto la sua quota di proprietà sullo schiavo - possa essere risoluto affermativamente.

Ancora una volta [2]), in uno dei testi che si spacciano per interpo-

[1]) Con l'alienazione della proprietà dello schiavo io non cesso naturalmente di essere condomino dei beni peculiari insieme con Tizio; ed è la comunione del peculio (non già dello schiavo, il quale potrebbe avere peculia separata presso i varii condomini; cfr. tuttavia BRINKMANN, *Verhältniss der a. communi dividundo und der a. negotiorum gestorum*, p. 84 sgg.), che, come mostrano benissimo il KELLER, *Comment.* p. 79 sgg. ed il MANDRY, *Pec. dupl. iur.* p. 389, fa sì che ciascun condomino sia tenuto in solidum, ed abbia diritto al rimborso, di ciò che ha pagato per l'altro, mediante l'actio communi dividundo.

Cfr. l. 8 § 4 D. 10, 3: PAULUS, *l. 23 ad edictum*: «... Si unus in solidum de peculio conventus et damnatus sit, est cum socio communi dividundo actio, ut partem peculii consequatur».

l. 9 D. eod. (cfr. anche l. 31 D. 10. 2): AFRICANUS, *l. 7 quaestionum*: «Sed postquam socius servi communis nomine de peculio in solidum damnatus esset, si apud socium res peculiares intercidant, nihilominus utile erit iudicium communi dividundo ad reciperandam partem pecuniae: alioquin iniquum fore, si tota ea res ad damnum eius qui iudicium acceperit pertineat, cum utriusque domini periculum in rebus peculiaribus esse debeat...».

l. 25 D. eod.: IULIANUS, *l. 12 digestorum*: «Si Stichus communis meus et tuus servus habuerit Pamphilum vicarium *aureorum decem* (HSX̄ *Iulian.*) et mecum actum de peculio fuerit condemnatusque decem praestitero: quamvis postea Pamphilus decesserit, nihilominus actione communi dividundo vel pro socio quinque mihi praestare debebis, quia te hoc aere alieno liberavi ...».

[2]) Cfr. per la l. 14 § 1 D. 15. 1, la quale parimenti non ha che vedere con la consunzione dell'actio de peculio, il mio scritto *L'actio de peculio annalis contro gli eredi* (estratto dagli Studi Senesi in onore di L. Moriani).

lati, noi constatiamo l' assenza di qualunque riferimento al concorso delle azioni e alla consumazione processuale, cioè a quegli argomenti che avrebbero dovuto provocare l' interpolazione.

4. Al Lusignani [1]) pare sospetta anche la forma « postquam placuit... agere », perchè essa ricorda troppo da vicino il famoso « posteaquam placuit... ipso iure compensari » della l. 21 D. 16. 2. Se non che il sospetto in quest' ultima legge non nasce dal « posteaquam placuit », cioè dalla forma, bensì dal principio che si afferma essere stato accolto, ossia dal contenuto [2]). Il « placuit », specie per indicare la norma, introdotta ad opera della giurisprudenza, che è stata discussa e si è aperta la via attraverso qualche incertezza, è usato frequentissimamente dai giureconsulti romani [3]). E perciò l' unica inda-

[1]) Op. cit. p. 24.

[2]) Cfr. APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain*, p. 124 sgg., 463 sgg.

[3]) Indichiamo qui alcuni testi dove ricorre il *placuit* senza determinazione di persona, presi qua e là a caso, poichè una raccolta completa non avrebbe valso il tempo e la fatica.

Gai. I, 89, 115 *b*, 147; II, 91, 92, 132; III, 14, 16, 145, 146, 158, 197, 201, 219 — Ulp. I, 21 — Fragm. de iure fisci 19 — l. 11 pr. D. 2. 1 (Gaius l. 1 ad ed. prov.) — l. 25 D. 4. 3 (Paulus l. 11 ad ed.; v. *contra* l. 20 § 1 D. eod.) — l. 33 D. 4. 3 (Ulpianus l. 4 opinionum) — l. 18 § 2 D. 5. 3 (Ulpianus l. 15 ad ed.) — l. 26 § 4 D. 12. 6 (Ulpianus l. 26 ad ed.) — l. 29 D. 22. 1 (Marcianus l. 14 instit.) — l. 25 D. 23. 3 (Paulus l. 7 ad Sabinum) — l. 1 D. 25. 2 (Paulus l. 7 ad Sab.) — l. 3 § 5 D. 27. 9 (Ulpianus l. 35 ad ed.) — l. 31 § 1 D. 28. 5 (Gaius l. 17 ad ed. prov.) — l. 21 § 1 D. 32 (Paulus l. 4 sentent.) — l. 8 D 33. 6 (Pomponius l. 6 epistul.) — l. 17 D. 33. 8 (Iavolenus l. 2 ex Cassio) — l. 10 D. 37. 14 (Terentius Clemens l. 9 ad leg. Iul. et Pap.) — l. 33 pr. D. 39. 5 (Hermogenianus l. 6 iuris epitomarum) — l. 4 § 18 D. 41. 3 (Paulus l. 54 ad ed.) — l. 14. D. 44. 1 (Alfenus Varus l. 2 dig.) — l. 38 D. 44. 7 (Paulus l. 3 ad ed.) — l. 5 § 4 D. 46. 7 (Ulpianus l. 77 ad ed.) — l. 7 pr. D. 48. 20 (Paulus l. sing. de port. quae lib. damn. conceduntur) — l. 4 D. 49. 15 (Modestinus l. 3 regul.).

Come si vede, la nostra locuzione ritorna in ogni parte del Digesto, e presso giuristi delle varie epoche. Il titolo 15. 1, oltre che nella l. 37 § 2 cit., l' ha nella l. 27 § 3 (Gaius l. 9 ad ed. prov.) e nella l. 47 § 2 (Paulus l. 4 ad Plautium). Giuliano l' adopera ancora nei seguenti luoghi: l. 5 D. 33. 6 (Iulianus l. 15 dig.), l. 87 § 4 D. 35. 2 (Iulianus l. 61 dig.), l. 4 D. 29. 7 (Iulianus l. 63. dig.), l. 22 D. 23. 4 (Iulianus l. 2 ad Urs. Fer.), l. 52 § 2 D. 10. 2 (Iulianus l. 2 ad Urs. Fer.); cfr. anche l. 7 § 5 D. 10. 3, dove Giuliano è citato da Ulpian. l. 20 ad ed. Frequente è l' uso di *placuit* in Papiniano: più avanti daremo la lista dei passi papinianei, quando dovremo combattere l' asserzione contraria di un nostro valoroso scrittore.

È superfluo aggiungere che noi non intendiamo escludere la possibilità che qualcuno dei frammenti citati sia interpolato; ciò che neghiamo è che la forma « placuit » costituisca di per sè un indizio dell' emblema. Giustiniano usa il « pla-

gine utile è quella che si proponga di ricercare quali dubbii tormentassero la dottrina circa la competenza dell'actio de peculio contro il compratore e il venditore. dubbii di cui si sentirebbe l'eco affievolita nel nostro « postquam placuit ». Ed appunto qui è facile vedere come fossero controverse le condizioni sotto le quali, al mutare di proprietà dello schiavo, il vecchio o il nuovo padrone dovevano rispondere verso i creditori, e non apparisse del tutto piana e semplice la conseguenza che potessero esser tenuti ambedue.

Mentre non si discute il principio, che l'appartenenza del peculio, allorchè esso si estingue come tale per il trapasso di proprietà dello schiavo, decide della legittimazione passiva dell'actio annalis, la sua applicazione al caso che lo schiavo sia venduto insieme col peculio, è turbata dalla difficoltà di determinare la persona presso la quale deve ritenersi che sia il peculio. La giurisprudenza classica si trovò a dover risolvere il quesito, se colui « penes quem est peculium » fosse il compratore, che lo acquistava insieme con lo schiavo, o il venditore, che ne riceveva il prezzo.

Per Nerazio [1]) non è tenuto con l'actio annalis il venditore « si cum peculio servum vendidit et tradiderit peculium »; il prezzo ricavato dalla vendita del servo non è il peculio, « neque enim hoc pretium servi peculium est, ut Neratius scripsit », vale a dire non è il prezzo del peculio che si considera una mera accessione del servo [2]), ma è solamente il prezzo del servo.

Che Paolo fosse dello stesso avviso, non si può argomentare dalla l. 47 § 5 D. 15. 1 [3]), perchè, volendo il giureconsulto stabilire quali

cuit» senza dativo di commodo appena un paio di volte: l. 17 pr C. 4. 21 e § 7 I. 4. 8 Onde non ci lasciamo turbare neppure dalla circostanza che il primo degli altri due esempi di «postquam placuit» da noi conosciuti si trovi in un testo, la l. 12 D. 46. 6 (Papinianus l. 12 quaestionum), che pare sospetto (cfr. BINDER, *Korrealobligationen*, p. 340). Il secondo è offerto da Gordiano nella l. 3. C. 2. 19 (20); cfr. GIRARD, *Manuel du droit rom.* (3ª ediz.) p. 414, n. 4.

[1] L. 32 § 2 D. 15. 1. — ULPIANUS, *l. 2 disputationum*: « Venditor servi si cum peculio servum vendidit et tradiderit peculium, ne intra annum quidem de peculio convenietur: neque enim hoc pretium servi peculium est, ut Neratius scripsit ».

[2]) Cfr. l. 39 § 4 D. 10. 2; l. 1 e 2 D. 33. 8.

[3]) PAULUS, *l. 4 ad Plautium*: « Si servus deducto peculio venditus sit, procedit, ut venditor et deductione uti possit, et, si post venditionem coeperit aliquid venditori servus debere, non minuit peculia, quia non domino debet ».

crediti possa dedurre il venditore convenuto con l'actio annalis, doveva necessariamente supporre che « servus *deducto peculio* venditus sit »; altrimenti la deduzione sarebbe stata inammissibile, giusta il precetto della l. 11 § 7 D. 15. 1 [1]).

Giavoleno [2]) guardava invece se anche per il peculio era stato pagato un prezzo, e si pronunciava in quest'ipotesi per la responsabilità del venditore: « penes eum videtur esse peculium, ad quem pretium peculii pervenit ». « Non », continua la l. 34 D. eod. di Pomponio (l. 12 ex variis lectionibus), « penes quem res peculiaris sit ».

Anche Ulpiano dovette accettare la distinzione di Giavoleno [3]), sebbene nella l. 32 § 2 cit. egli sembri far sua l'opinione di Nerazio. È infatti di Ulpiano la l. 11 § 7 D. 15. 1, dove bisogna sottintendere la distinzione di Giavoleno e Pomponio, perchè solo chi è in quest'ordine di idee può, nell'ipotesi di vendita del servo insieme col peculio, concepire un'azione contro il venditore. Quale fosse del resto il pensiero ulpianeo, si evince pure dalla l. 5 § 3 D. 15. 3 [4]), in cui il giureconsulto vuol dimostrare che, per esserci in rem versio, non basta che dal peculio sia comunque entrato del denaro nel patrimonio del pater familias, altrimenti esisterebbe in rem versum anche « si servo peculium dominus adimat vel si vendat eum cum peculio vel rem eius peculiarem et pretium exigat ». Il prezzo, che si ricava dalla vendita del servo col peculio, non costituisce dunque una in rem versio, ma Ulpiano ammette implicitamente che nell'esazione del prezzo si abbia un passaggio di valori dal peculio nel patrimonio,

[1]) ULPIANUS, *l. 29 ad edictum*: « Denique Iulianus scribit venditorem, qui servum cum peculio vendidit, si de peculio conveniatur, non debere deducere quod sibi debetur: potuit enim hoc ex ratione peculii detrahere et nunc condicere quasi indebitum (quoniam non est in peculio quod domino debetur). Potest, inquit, etiam ex vendito agere . . . . . ».

[2]) L. 33 D. 15. 1. — IAVOLENUS, *l. 12 ex Cassio*: « Sed si quis servum ita vendidit, ut pretium pro peculio acciperet, penes eum videtur esse peculium, ad quem pretium peculii pervenit ».

Cfr. sch. 130 (Stefano) in ZACHARIAE, *Supplem.* p. 223

[3]) In questo senso KELLER, *Comment.* p. 110.

[4]) ULPIANUS, *l. 29 ad edictum*: « Placet non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio. Hoc autem totiens verum est, quotiens servus rem domini gerens locupletiorem eum facit nummis peculiaribus. Alioquin si servo peculium dominus adimat vel si vendat eum cum peculio vel rem eius peculiarem et pretium exigat, non videtur in rem versum ».

come quando il servo « rem domini gerens locupletiorem eum facit nummis peculiaribus ». Se avesse ritenuto che, vendendosi il servo insieme col peculio, il prezzo non sia mai il corrispettivo del peculio, bensì solamente del servo, egli non avrebbe potuto citare questo caso di vendita tra gli altri esempi di arricchimento, che proviene dal peculio, ma non costituisce in rem versio.

Si è sostenuto da qualche scrittore [1]) che Giuliano non seguisse l'opinione di Giavoleno, Pomponio, e, a quanto pare, di Ulpiano, ma adottasse un partito perfettamente in antitesi con quello di Nerazio, o, in altri termini, ammettesse che il venditore fosse sempre tenuto con l'actio annalis. Ma che tale fosse la dottrina giulianea, non si può dimostrare nè con la l 11 § 7 cit. nè con la l. 27 § 3 D. 15. l. Nella l. 11 § 7 Giuliano suppone esplicitamente che l'actio annalis sia diretta contro il venditore « qui servum cum peculio vendidit », ma tace delle condizioni da cui dipende l' azione, sicchè non è lecito indurne che il venditore possa essere convenuto in qualunque caso. Gaio, dopo aver insegnato nel § 2 della l. 27 che, se il servo è alienato, « quamvis in eum, qui alienaverit, intra annum praetor de peculio actionem polliceatur », tuttavia si può agire contro il nuovo domino, « et nihil interest aliud apud eum adquisierit peculium an quod pariter cum eo emerit vel ex donatione acceperit eidem concesserit », aggiunge nel § 3:

> « Illud quoque placuit, quod et Iulianus probat, omnimodo permittendum creditoribus vel in partes cum singulis agere vel cum uno in solidum ».

Se il testo non lascia alcun dubbio che Giuliano ammettesse la facoltà di agire col compratore e col venditore, è anche vero che esso non si occupa particolarmente della questione, che ora avrebbe interesse per noi, e cioè sotto quali presupposti si faccia luogo all'actio annalis contro l'alienante. Quindi l'assenza di qualunque riserva e il non accennarsi a veruna distinzione intorno al modo in cui il peculio dovrebbe esser passato dall'alienante all'acquirente, sono argomenti equivoci, quando se ne vuole inferire che il venditore fosse te-

[1]) Cfr. KELLER, *Comment.* p. 111; BEKKER, *Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht*, 4, p. 511; contro MANDRY, *Pec. dupl. iur.* p. 404.

nuto in ogni circostanza [1]). Un indizio contrario a questa tesi è stato già egregiamente rilevato dal Mandry, il quale nota che Giuliano, a proposito della questione se sia tenuto con l'actio annalis l'erede o il libertus orcinus legatario del peculio, nega l'azione contro il primo, « quia peculium desiit penes se habere » [2]). A sostanziare la respon-

[1]) Allo stesso modo, fondandosi sulla l. 27 § 2, si potrebbe venire alla conseguenza che sia soggetto all'actio annalis anche chi ha donato il servo insieme col peculio: ma sono appunto queste conclusioni eccessive, che ci debbono ispirare la più grande sfiducia verso il sistema di argomentazioni che servono a giustificarle.

[2]) Per il caso che il peculio formi oggetto di un legato ritornano gli stessi dubbii che abbiamo incontrato nell'ipotesi della vendita.

Giavoleno (l. 12 ex Cassio), quando il testatore ha disposto che l'erede debba dare il peculio « accepta certa summa » (l. 35 D. 15. 1), esclude che l'erede possa considerarsi come beneficiario del peculio; nel che evidentemente egli si lascia guidare dal riflesso che la somma ricevuta dall'erede « condicionis implendae causa » non rappresenta il corrispettivo del peculio. In perfetta coerenza col modo di vedere qui manifestato, Giavoleno (l. 2 ex Cassio) in altro luogo (l. 17 D. 33. 8) insegna che, se il testatore muore dopo aver accettato il giudizio sull'actio de peculio, « placuit non aliter peculium ex causa legati praestari, quam si de accepto iudicio heredi caveretur ». Non troppo bene mi sembra che il LENEL, *Palingenesia*, I, p. 278, n. 1 richiami a questo proposito la l. 1 § 7 D. 15. 2, giacchè, mentre Pegaso impone al legatario del peculio la cauzione perchè verso i creditori è tenuto sempre l'erede, Giavoleno è costretto a ricorrervi nel caso della l. 17 cit. perchè era prima intervenuta la contestatio litis col defunto; ma, all'infuori di questa ipotesi, l'actio annalis compete per Giavoleno contro il legatario.

Parimenti Giuliano, a quanto riferisce Ulpiano (l. 19 ad Sabinum) nella l. 1 § 10 D. 33. 4, dichiara che deve essere convenuto il libertus orcinus, cui è stato legato il peculio, e non l'erede, « quia peculium desiit penes se habere ».

Secondo Ulpiano (l. 29 ad edictum) risponde l'erede, se il servo non è stato legato cum peculio; ma se al legatario è stato lasciato lo schiavo insieme col peculio, o se al servo è stata attribuita direttamente la libertà e legato il peculio, la legittimazione passiva dell'actio annalis è controversa, « quaestionis fuit » (l. 1 § 7 D. 15. 2). L'opinione preferita da Ulpiano è che non dovesse darsi l'azione nè contro il manomesso nè contro il legatario del peculio; dunque l'actio annalis, contrariamente all'avviso di Giavoleno e di Giuliano, si dirigerebbe contro l'erede. Tale era la tesi di Celio Sabino (« Caecilius » dice il testo, ma vedi su questa corruzione LENEL, *Palingenesia*, I, p. 35, n. 3, C. Sabin. nr. 11; BREMER, *Iurispr. antehadr.* I, p. 14, II, 2, p. 255, n. 1; KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* I, p. 712), il quale pensava che il peculio ridondi a vantaggio dell'erede, per ciò che egli si libera da un'obbligazione trasferendolo al legatario; nel concetto di Sabino, l'erede lucra il peculio, in quanto si vale di esso come di un mezzo per soddisfare il suo debito verso il legatario. Pegaso (l. 1 § 7 cit.) accetta la conclusione di Sabino, che i creditori peculiari dovessero rivolgersi contro l'erede; ma il ragionamento sottile e formalistico di quel giureconsulto non gli fa velo sino al punto da dimenticare che il peculio nella realtà della vita e nelle regole del diritto funge come un patri-

sabilità dell' alienante deve rimanere presso di lui, se non il peculio, almeno un corrispettivo.

Non è dunque improbabile che anche Giuliano aderisse al temperamento proposto da Giavoleno. Ma le fonti non suffragano quella qualsiasi opinione che volesse, uscendo dal campo della mera probabilità e verosimiglianza, affacciare pretese alla certezza.

Nel caso contemplato dalla l. 37 § 2 cit. era stata venduta la proprietà dello schiavo, ma non il peculio; e però questo frammento non ci dà alcun lume maggiore su quella che sarebbe stata la teoria di Giuliano. Viceversa le osservazioni esposte in questa parte del nostro studio hanno potuto stabilire di qual genere fossero i dubbii, che si sono agitati tra i giureconsulti romani, sul punto di ammettere o no.

monio che deve sopportare gli oneri inerenti (cfr. tuttavia PERNICE, *Labeo*, I p. 151, n. 41). E a questo postulato dell' equità Pegaso provvedeva con la cauzione, che il legatario prestava all' erede, di tenerlo indenne contro le azioni dei creditori. Sicchè in definitiva l'erede rispondeva del proprio, solo nel caso che avesse soddisfatto il legato senza richiedere la cauzione.

All' opinione di Pegaso aderisce Marciano (l. 6 institutionum) in tali termini da render probabile che ad essa sia rimasta la vittoria (l. 18 D. 33. 8). Anche Ulpiano accetta il temperamento proposto da Pegaso, poichè di lui, e non di quest' ultimo, sembra essere la conclusione del § 7 cit., « ergo si tradiderit sine cautione, erit conveniendus ». Cfr. inoltre l. 2 C. 4. 14.

L'esposizione delle questioni, di cui ci han serbato memoria le fonti, intorno all' influenza che il legato del peculio può esercitare sulla legittimazione passiva dell' actio annalis, si completa con l'esame della l. 1 § 8 D. 15. 2, che non ha bisogno di commento.

Infine non sarà inutile ricordare che anche per l' actio tributoria si è fatta una questione analoga. Labeone, « si servo testamento manumisso peculium legatum sit », escludeva che l' erede fosse tenuto con la tributoria, « quasi neque ad eum pervenerit neque dolo fecerit ». Pomponio era d'opposto avviso, « nisi curaverit caveri sibi a servo vel deduxit a peculio quod tribuendum erat ». E la decisione di Pomponio è accolta da Ulpiano (l. 29 ad edictum) nella l. 9 § 2 D. 14. 4, giacchè in questo caso l'erede non è convenuto per il dolo del defunto, chè allora l'azione sarebbe data contro di lui solamente « de eo quod ad eum pervenit », ma per il dolo, di cui si è reso responsabile, non ritenendo la merx peculiaris all'atto della consegna del peculio. È chiaro peraltro che nell'actio tributoria interviene un elemento speciale: l' obbligo del pater familias di procedere alla distribuzione fra i creditori della merx peculiaris. Ora quest'obbligo, cui il pater familias non può sottrarsi se non con l'abbandono del peculio o della merx peculiaris (l. 7 § 1 D. 14. 4), si trasmette all'erede, ma non potrebbe passare al legatario del peculio; ed è dalla violazione di quest'obbligo che sorge l' actio tributoria.

Sul tema toccato in questa nota e nel testo si possono consultare MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 194 sgg.; BARON, op. cit. p. 89 sgg; PERNICE, *Labeo*, I, p. 151 sgg.; KARLOWA, op. cit. II, p. 1150 sgg.; MENGE, op. cit. p. 42 sgg.

la responsabilità del venditore, la quale, come abbiamo visto, costituisce il presupposto logico per la decisione dettata da Giuliano nella l. 37 § 2.

5. Ed ora ad un' altra ricerca, anche più interessante in se stessa e nei problemi che suscita, dobbiamo volgere la nostra attenzione. Il compratore può concedere allo schiavo un peculio nuovo od anche il peculio acquistato insieme con esso. Che sia fondata o meno l'actio annalis contro il venditore, si presenta ugualmente il quesito, se contro il compratore sia lecito agire per i debiti anteriormente contratti dallo schiavo. In altri termini, contro il compratore sono astrattamente possibili due azioni: l'actio annalis, in quanto abbia lucrato l'antico peculio, l'actio de peculio pura, in quanto lo schiavo attualmente abbia un peculio presso di lui. La questione non offre un interesse pratico rilevante, finchè tanto l' actio annalis quanto l' actio de peculio spettassero contro il compratore. Ma la situazione muta radicalmente, allorchè l' actio annalis competesse contro il venditore, e contro il compratore non potesse dirigersi che l'actio de peculio. In tal caso l' accertare se questa possa sperimentarsi dai creditori anteriori alla vendita, e se il suo esercizio possa, e sotto quali condizioni, cumularsi con quello dell' actio annalis contro il venditore, assume un' importanza, che non abbiamo bisogno di accentuare.

Giuliano ci ha già messi sull' avviso: « placuit alienato homine permittendum creditori et cum venditore et cum emptore agere ». Il « postquam placuit » è, a mio credere, la prova che anche questa simultanea obbligazione del venditore e del compratore è il portato di una evoluzione [1]).

Forse in origine la norma fu diversa? Forse alla sua introduzione ebbe a resistere qualche giurista? Non giova insistere. Certo è che il principio, per cui i creditori possono agire tanto contro l'alienante

[1] Anche il BEKKER, *Consumption*, p. 310, n. 17 accenna al significato storico del « postquam placuit ». All' ERMAN, *Zeitschr. der Sav. St. f. Rechtsgesch.* 20, p. 247, sembra invece che quell' espressione in bocca a Giuliano possa tutt' al più riferirsi all' introduzione dell' actio annalis, e che neppure nella compilazione giustinianea, per nessun verso, dia un senso giusto. Ciò che abbiamo detto e diremo nel testo legittima il nostro dissenso da un tale giudizio.

quanto contro l'acquirente dello schiavo, è ripetutamente affermato nei nostri testi [1]).

Lo enuncia Gaio nella l. 27 § 2 D. 15. 1 [2], dalla quale possiamo desumere, se non il fondamento dell'opinione ostile alla concessione dell'azione contro il nuovo proprietario, almeno una delle considerazioni che i suoi fautori dovettero opporre L' interesse dei creditori è tutelato abbastanza dall'actio annalis contro l'alienante; ammettendoli ad agire anche contro l'acquirente, si conferisce loro un ulteriore vantaggio, che non è giustificato da un vero bisogno [3]). Ma questo riflesso non ha impedito a Gaio di scrivere che « quamvis in eum, qui alienaverit, intra annum praetor de peculio actionem polliceatur, tamen nihilo minus et in novum dominum actio datur ». « Nihil interest », aggiunge poi lo stesso Gaio, « aliud apud eum adquisierit peculium an quod pariter cum eo emerit vel ex donatione acceperit eidem concesserit »; se presso l'attuale domino lo schiavo ha un peculio, o che il padrone gliene abbia costituito uno nuovo o che gli abbia concesso il vecchio peculio acquistato insieme con lui, si fa luogo sempre all'actio de peculio [4]).

La regola, che siano tenuti compratore e venditore per i negozi del servo anteriori alla vendita, è anche presupposta da Ulpiano nella

[1]) Se il lettore si persuaderà insieme con noi che la l. 47 § 3 D. 15. 1 è genuina (v. più oltre num. 10 e 11), dovrà inferirne che il principio, pacifico ai tempi di Giuliano, era già ammesso da Proculo.

[2]) Gaius, *l 9 ad edictum provinciale*: « Si servus alienatus sit, quamvis in eum, qui alienaverit, intra annum praetor de peculio actionem polliceatur, tamen nihilominus et in novum dominum actio datur, et nihil interest, aliud apud eum adquisierit peculium an quod pariter cum eo emerit vel ex donatione acceperit eidem concesserit ».

[3]) Si potrebbe dire che almeno in un caso il creditore « ex ante gesto » sia nell'assoluta necessità di rivolgersi contro l'acquirente, e cioè quando il servo è stato alienato insieme col peculio senza pattuire un prezzo per quest'ultimo, giacchè in tal caso l'alienante non è tenuto con l'actio annalis (l. 33 D. 15. 1); ma è appunto da riflettere che qui l'actio annalis contro il compratore sostituisce quella che manca contro il venditore (v. nota seguente).

[4]) Il Baron, op. cit. p. 78, n. 31 sembra mettere in dubbio che Gaio affermi nella l. 27 § 2, essere indifferente per la responsabilità del compratore, che egli abbia concesso allo schiavo un nuovo peculio o lasciato l'antico. Ma io non sono riuscito ad intender bene nè il motivo di questo dubbio, nè le osservazioni con cui si vorrebbe appoggiarlo. Ingiustificata è anche la limitazione che il Baron, op. cit. p. 94, porta alla generalità del principio sancito nella l. 27 § 2, che cioè il compratore, il quale abbia acquistato lo schiavo insieme col peculio, sia tenuto sola-

l. 58 § 3 D. 17. 2 [1]), quando decide che « si servus meus societatem cum Titio coierit et alienatus in eadem permanserit, potest dici... tam adversus me quam adversus emptorem ex his causis quae ante alienationem inciderunt dandam actionem » [2]).

Infine l' ammissibilità dell'actio de peculio contro il compratore, e s' intende per i debiti preesistenti, è riconosciuta dalla l. 10 D. 14 4 [3]), in opposizione all'actio tributoria.

6. Un più attento esame merita la l. 11 § 8 D. 15. 1 [4]), in cui si propone l' ipotesi che il creditore comperi lo schiavo « cuius nomine de peculio habebat actionem ». Convenuto da un altro creditore, potrà dedurre « quod sibi debetur, quoniam adversus venditorem habeat actionem de peculio »?

Il dubbio nasce dal principio [5]), che Ulpiano enuncia nella l. 11 § 6 D. h. t.:

« Quod autem deduci debere diximus id quod debetur ei qui de

mente quando non siasi pattuito un prezzo speciale per il peculio. L'equivoco del Baron è evidente; in tal caso contro il compratore spetterebbe l' actio annalis (v. nota precedente), mentre la l. 27 § 2 accorda contro il compratore l' actio de peculio accanto all' actio annalis che compete contro il venditore.

[1]) ULPIANUS, *l. 31 ad edictum*: « Si servus meus societatem cum Titio coierit et alienatus in eadem permanserit, potest dici alienatione servi et priorem societatem finitam et ex integro alteram inchoatam, atque ideo et mihi et emptori actionem pro socio competere, item tam adversus me quam adversus emptorem ex his causis quae ante alienationem inciderunt dandam actionem, ex reliquis adversus emptorem solum ».

[2]) Il confronto della l. 58 § 3 cit. con la l. 27 § 2 cit. mostra come abbia torto il PERNICE, *Labeo*, I, p. 149, di affermare che lo schiavo deve essere stato venduto col peculio, perchè altrimenti il compratore non potrebbe rispondere dei debiti contratti dallo schiavo prima della vendita. « Nihil interest », replicheremo con Gaio, « aliud apud novum dominum adquisierit peculium an quod pariter cum eo emerit eidem concesserit ».

[3]) PAULUS, *l. 30 ad edictum*: « De peculio actione etiam cum emptore servi agi potest, tributoria non potest ».

[4]) ULPIANUS, *l. 29 ad edictum*: « Idem (Iulianus) scribit, si quis servum, cuius nomine de peculio habebat actionem, comparasset, an possit deducere quod sibi debetur, quoniam adversus venditorem habeat actionem de peculio? Et recte ait posse: nam et quivis alius potest eligere, utrum cum emptore an cum venditore ageret: hunc igitur eligere pro actione deductionem. Nec video quid habeant creditores quod querantur, cum possint ipsi venditorem convenire, si quid forte putant esse in peculio ».

[5]) Cfr. su di esso MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 387 sgg.

peculio convenitur, ita accipiendum est, si non hoc aliunde consequi potest »;

perchè qui appunto il compratore ha l'actio de peculio annalis contro il suo autore. Tuttavia Giuliano, riflettendo che non v'è ragione di fare al creditore-compratore una posizione diversa e peggiore di quella riconosciuta a tutti i creditori, sol perchè in lui si congiunge alla qualità di creditore l'altra di compratore, risponde che questi potrà esercitare la deduzione:

« nam et quivis alius potest eligere, utrum cum emptore an cum venditore ageret: hunc igitur eligere pro actione deductionem ».

Mentre conferma la regola, che il compratore è tenuto verso i creditori per i negozi conclusi col servo prima dell'alienazione, la l. 11 § 8 reca una notizia nuova, che l'attore deve scegliere tra l'actio annalis contro il venditore e l'actio de peculio contro il compratore. Quando, come nella specie qui considerata, il creditore è ad un tempo compratore, non potendo egli agire contro sè stesso, avrà invece dell'actio de peculio la deductio ex peculio. Sicchè, come ogni altro creditore ex ante gesto ha a sua disposizione l'actio annalis e l'actio de peculio, così il creditore-compratore ha l'actio annalis e la deduzione [1]; e il suo diritto di scelta deve essere illimitato al pari del diritto di tutti gli altri creditori.

Indubbiamente a costoro potrebbe piacere che il compratore lasciasse loro tutto il peculio senza alcuna deduzione, e si riservasse di far valere il suo credito contro il venditore. Ma Ulpiano [2]) replica: « nec video quid habeant creditores quod querantur, cum possint ipsi venditorem convenire, si quid forte putant esse in peculio ».

[1]) Cfr. l. 47 § 4 D. 15. 1. — PAULUS, *l. 4 ad Plautium*: « Non tantum autem quivis creditor cum venditore ex ante gesto agere potest, sed et ipse emptor, idque et Iuliano videtur, quamvis et deducere ipse potest adversus alium agentem, dum tamen id, quod apud se habet, computet ».

[2]) Già la sostituzione della prima alla terza persona [« idem (Iulianus) *scribit*... et recte *ait* posse... hunc eligere... — nec *video* »] non permetterebbe di dubitare che l'ultimo periodo « nec video... in peculio » provenga da Ulpiano. Ma chi non si sentisse ancora tranquillo, richiami alla mente la circostanza, che, come dimostriamo nel testo, il periodo finale implica la facoltà di esercitare successivamente l'actio de peculio e l'actio annalis, il che ripugna alle idee ben note di Giuliano.

Il motivo è buono. Tanto vale pei creditori che ciò, che è dovuto al compratore, sia tolto dal peculio che si trova presso costui, quanto che sia sottratto dal peculio del venditore, contro cui il compratore si rivolgerebbe, se non fosse autorizzato a compiere la deduzione: sull'uno o sull'altro peculio i creditori dovrebbero pur subire il concorso del compratore. Lascino dunque che questi preferisca, se vuole, la deductio; così il peculio, che sta presso il venditore, sarà interamente devoluto alla soddisfazione delle loro ragioni.

Ulpiano, ripeto, ci convince. Ma come si può mettere d'accordo il motivo da lui addotto con la scelta, che, secondo Giuliano, di cui Ulpiano riferisce ed accetta la dottrina, avrebbero i creditori tra l'actio annalis e l'actio de peculio? E sopratutto quale rapporto passa tra il motivo ulpianeo e la consumazione processuale?

Il giureconsulto rinvia i creditori, i quali non possono essere soddisfatti interamente a causa della deduzione che opera il compratore convenuto coll'actio de peculio, all'actio annalis che loro compete contro il venditore. Ma, se essi hanno già promosso l'actio de peculio contro il compratore, non hanno forse con ciò consumato l'actio annalis contro il venditore? Sicchè i creditori debbono subire la deduzione, agendo contro il compratore, e perdono in pari tempo l'azione contro il venditore: le parole di Ulpiano « nec video quid habeant creditores quod querantur » aggiungerebbero poi al danno le beffe.

Si dirà, per togliere alla frase ogni senso d'ironia, che Ulpiano offre ai creditori la scelta di agire o col venditore o col compratore: siano essi giudici di ciò che meglio convenga fare nel caso concreto, ma sappiano che sul peculio del compratore non possono contare che previa deduzione dei crediti spettanti allo stesso compratore. Se non che i creditori potrebbero tuttavia lamentarsi di questa deduzione accordata al compratore pel credito ex ante gesto: senza di essa il suo peculio sarebbe, per ipotesi, più pingue di quello del venditore, e i creditori avrebbero tornaconto ad esercitare l'azione contro di lui anzichè contro il venditore. È evidente: l'argomentazione di Ulpiano « nec video quid habeant creditores quod querantur, cum possint ipsi venditorem convenire, si quid forte putant esse in peculio » riesce esatta, solo se si ammette che i creditori possano agire successivamente contro il compratore e il venditore; perchè unicamente in quest'ipotesi è per loro indifferente che il compratore deduca il suo cre-

dito dal proprio peculio, o che riduca di altrettanto il peculio del venditore perseguendolo con l'actio annalis.

Inesorabilmente l'esame, appena approfondito, della l. 11 § 8 mena ad una conseguenza assai grave. La questione del concorso delle azioni, che la l. 37 § 2 lasciava impregiudicata, la l. 11 § 8 presuppone risolta nel senso che sia possibile intentarle ambedue. I principii sulla consumazione processuale appariscono violati: e in proposito ci aspetteremmo di essere istruiti dagli autori che hanno scrutato l' enigma della consumazione nell'actio de peculio.

Ahimè, la critica più recente, mentre evoca l'ombra di Triboniano per la l. 37 § 2, che alla teoria della consumazione non fa nè bene nè male, trascura del tutto la l. 11 § 8, che, con l'ammettere implicitamente il cumulativo esperimento dell'actio de peculio e dell'actio annalis contro compratore e venditore, turba la dottrina comune, la quale dall'identità dell'intentio nelle due azioni deduce la loro reciproca consumazione!

La l. 11 § 8 ci ricorda un altro passo di Ulpiano, la l. 32 pr. D. h. t. Ivi Giuliano insegna che l'actio annalis esercitata contro uno degli eredi estingue tutte le altre [1]), e coerentemente nella l. 11 § 8 parla di scelta fra l'actio de peculio e l'actio annalis. Il testo ulpianeo qui finisce col portare una giustificazione della decisione di Giuliano che suppone il cumulo e non la scelta tra le azioni; la chiusa della l. 32 pr. ammette la rescissione della consumazione.

La somiglianza estrinseca fra i due passi è davvero impressionante E grande avrebbe potuto essere il vantaggio di raffrontarli insieme, nel momento che gli interpolazionisti si accingevano a condannare come tribonianea l'ultima parte della l 32 pr. « sed licet hoc iure contingat, tamen rel. ». Chi sa che la necessità di involgere nella stessa condanna anche la fine della l. 11 § 8, la cui forma è pure irreprensibile, non avrebbe fatto sorgere degli scrupoli? Chi sa che la spiegazione, che per la l. 11 § 8 si presenta tanto facile e sicura nella distinzione di ciò che proviene da Giuliano e di ciò che è pensiero

[1]) La scoperta del LENEL, *Neue Ulpianfragmente*, nei « *Sitzungsberichte der königlich preussischen Akademie der Wissenschaften* », 39 (1904), p. 1156 sgg., ci mette in grado di soggiungere che questa opinione era professata da Giuliano anche nell'ipotesi di due usufruttuarii o possessori di buona fede tenuti con l'actio de peculio.

d'Ulpiano, non avrebbe aiutato a sospettare anche nella l. 32 pr. malgrado le soppressioni dei compilatori [1]), fin dove giunga la relazione della dottrina giulianea, e dove cominci l'esposizione da parte di Ulpiano della dottrina propria?

Ma potrebbero accusarmi che io sbrigli la fantasia col senno del poi, e m'affretto ad abbandonare questo argomento.

7. Chi cerchi quale potè essere la difficoltà dommatica, che i Romani dovettero vincere, per concedere l'actio de peculio contro il compratore [2]) dello schiavo sulla base di obbligazioni contratte antecedentemente, non andrà lungi dal vero, supponendo che essa sia stata dello stesso genere di quella accennata nella l 42 D. 15. 1 [3]) per il filius familias.

Sabino e Cassio rifiutavano l'azione contro l'arrogatore « ex ante gesto »; Ulpiano approva invece l'opinione di altri giureconsulti (« quidam »), che quell'azione ritenevano dovesse accordarsi [4]).

[1]) Come mostra il LENEL, op. cit. p. 1162, è assai verosimile che il testo originale dicesse « alterum conventum alterum liberare Iulianus ait » al posto di « unus conventus ceteros liberat », con che la citazione era nitidamente distinta dall' opinione propria del riferente.

[2]) Abbiamo parlato e continueremo a parlare di compratore e venditore, essendo questo il caso più spesso contemplato nei testi; ma non è da dimenticare la saggia avvertenza di Paolo (l. 4 ad Plautium) nella l. 47 § 6 D. 15. 1: « Quae diximus in emptore et venditore, eadem sunt et si alio quovis genere dominium mutatum sit, ut legato, dotis datione, quia quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intellegitur, ubicumque esset ».

Per ciò che riguarda il legato del peculio, la l. 47 § 6 cit. non è punto in contraddizione con la l. 1 § 7 D 15. 2 (diversamente KARLOWA, op cit. II, p. 1151). Quest'ultima tratta soltanto la questione della legittimazione passiva dell' actio annalis, e se nega che il legatario, cui è stato lasciato lo schiavo insieme col peculio, sia tenuto con l'actio annalis, non intende escludere che sia passibile dell'actio de peculio, quando ne ricorrano i presupposti, vale a dire il legatario abbia concesso allo schiavo lo stesso peculio che aveva presso il testatore o uno nuovo. (In altro modo tenta di conciliare le due leggi MANDRY, *Pec. dupl. iur.* p. 402 sgg.).

[3]) ULPIANUS, *l. 12 ad edictum*: « In adrogatorem de peculio actionem dandam quidam recte putant, quamvis Sabinus et Cassius ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam existimant ».

[4] Di quale opinione fosse Pomponio, non si può desumere dalla l. 7 D. 33. 8.

> POMPONIUS, *l. 7 ad Sabinum*: « Si quis creditori suo adrogandum se dederit et agetur de peculio cum adrogatore, idem puto dicendum, quod de herede dicitur ».

Qua si concede all'arrogatore convenuto de peculio il diritto di dedurre i suoi crediti, anche se anteriori all'arrogazione; ma non è detto che l'actio de peculio

Certo l'arrogazione ha per effetto di estinguere i debiti dell'arrogato [1]), ma a ciò rimedia la restitutio in integrum promessa dall'editto pretorio [2]); nè quindi il dubbio di Sabino e Cassio, se competesse l'actio de peculio ex ante gesto, può derivare da ciò che il debito si è estinto per capitis deminutio. A quel modo che il creditore ottiene dal pretore l'actio ficticia « rescissa capitis deminutione » contro l'arrogato, e il pater familias deve assumerne la difesa, o lasciare che i creditori si soddisfino sui beni dell'arrogato acquistati dall'arrogante insieme con la potestas sulla persona, così la deminutio capitis non dovrebbe fare difficoltà a che si desse l'actio de peculio contro l'arrogante, quando l'arrogato ha presso di lui un peculio.

Se Sabino e Cassio poterono essere d'opinione contraria, la ragione se ne deve trovare nella circostanza, che il credito è sorto in un tempo in cui mancava la patria potestas dell' arrogatore e non esisteva un peculio [3]). La stessa considerazione si opporrebbe a che potessero farsi valere contro il nuovo domino obbligazioni dallo schiavo contratte sotto il proprietario precedente e in relazione ad un altro peculio.

La giurisprudenza classica ha superato gli ostacoli nell'uno e nell'altro caso, spinta da una medesima tendenza ad apprezzare sempre

già promossa per un rapporto precedente, « ex ante gesto », quindi non si può affermare che Pomponio fosse di opposto avviso rispetto a Sabino (cfr. KELLER, *Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts*, 3, p. 181, n. 29).

[1]) Cfr. GAI, IV, 38, ed anche IV, 80, III, 84.

[2]) Cfr. l. 2 § 1 D. 4. 5.

[3]) L'opinione dei Sabiniani aderisce alle parole dell'editto « quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum erit », le quali sembrano esigere la potestas al momento del negotium, perchè sia fondata l'actio de peculio. Cfr. MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 358; ZIMMERN, *Geschichte des röm. Privatrechts*, I, 2, p. 710, n. 53; UNTERHOLZNER, *Schuldverhältnisse*, I, p. 431, nota *a*. D'altro avviso COHN, *Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts*, I, 2, p. 305 sgg, e STEFANO, sch. 172 ad h. l. (ZACHARIAE, *Supplem.* p. 127), secondo cui la difficoltà deriverebbe dall'estinzione dell'obbligazione per capitis deminutio.

Un'interpretazione originale, ma del tutto falsa, è quella del KELLER, *Jahrb. d. gem. d. Rechts*, 3, p. 181, giusta la quale Sabino e Cassio avrebbero pensato che potesse bastare ai creditori il diritto di agire in solidum contro l'arrogatore, ed eventualmente di rifarsi sul patrimonio dell'arrogato. Peraltro è troppo evidente che all'actio de peculio i creditori non avevano interesse di ricorrere, se non quando fosse mancato o fosse stato insufficiente il patrimonio dell'arrogato, cioè nel caso in cui l'arrogatore non avrebbe assunto la defensio dell'arrogato, e dalla vendita dei beni di quest'ultimo i creditori non avrebbero potuto essere soddisfatti.

più la personalità del figlio e dello schiavo. Che l'attuale filius familias abbia contratto l'obbligazione quando era persona sui iuris, che lo schiavo siasi obbligato quando si trovava presso un altro padrone, nulla toglie al fatto che la persona del figlio e dello schiavo rimane sempre la stessa, e che il peculio, sia o no costituito degli stessi beni, tien sempre le veci del patrimonio[1]) del sottoposto, ed è quindi naturale che serva alla soddisfazione dei suoi debiti, in qualunque tempo contratti[2]).

Io non esito pertanto ad accogliere la stessa soluzione della l. 42 rispetto alle obbligazioni che il figlio avesse assunte sotto la patria potestà, ma prima della concessione del peculio[3]). E poichè la regola deve valere anche per il servo, così non solo aderisco all'insegnamento comune[4]), che il pater familias è obbligato pei debiti sia pure contratti prima della concessione del peculio, ma, per tornare al caso del compratore, reputo col Mandry[5]) che egli sia tenuto per i debiti ex ante gesto, anche se lo schiavo non avesse avuto un peculio presso l'antico proprietario[6]).

8. Ora che abbiamo esaminato donde nascesse la responsabilità del compratore per le obbligazioni ex ante gesto, la quale si aggiungeva alla responsabilità del venditore tenuto con l'actio annalis, dobbiamo studiare un po' minutamente i rapporti che possono intercedere tra il vecchio e il nuovo padrone.

Mentre, e lo vedemmo nella l. 11 § 8 cit., il compratore può agire per i suoi crediti anteriori alla compera contro il venditore, questo

[1]) *Veluti patrimonium*: § 10 I. 4. 6; l. 39 D. 15. 1.

[2]) Questo è il concetto che vuole esprimere Paolo nella l. 47 § 6 cit., quando afferma doversi applicare a qualsiasi mutamento del dominio ciò che si è detto per la vendita, «quia quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intellegitur, ubicumque esset».

[3]) Contro, MAREZOLL, *Zu der Lehre von dem s. g. profectitium peculium* nella «*Linde's Zeitschr.*», N. F. 5, p. 214 sgg. e SAVIGNY, *Obligationenrecht*, I, p. 211. Ma vedi, in senso conforme all'opinione da noi sostenuta, MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 132 sgg. (e gli autori ivi citati), sebbene egli ritenga che non sia lecito argomentare dalla l. 42 D. 15. 1.

[4]) Cfr. PERNICE, *Labeo*, I, p. 129, n. 67; KARLOWA, op. cit. II, p. 1140, n. 1; BONFANTE, *Istituzioni*, p. 159.

[5]) *Pec. dupl. iur.* p. 402.

[6]) I nostri testi suppongono tutti che anche presso il venditore lo schiavo avesse un peculio, poichè accordano contro l'alienante l'actio annalis.

diritto invece non compete al venditore, il quale non è autorizzato, secondo l'opinione di Giuliano riferitaci da Gaio nella l. 27 § 4 D. 15. 1 [1]), « de eo, quod ante venditionem crediderit, cum emptore de peculio agere ». Che se avesse venduto il servo insieme col peculio, allora Giuliano, ce lo apprende la l. 11 § 7 D. 15. 1 [2]), accordava al venditore, che avrebbe potuto detrarre il credito dal peculio, e non l'ha fatto, la condictio contro l'acquirente, come se avesse pagato ciò che non era dovuto, « quoniam non est in peculio quod domino debetur », o anche l'actio ex vendito, purchè beninteso « tantum fuit in peculio cum venderet, ut satisfacere debito dominus possit » [3]). Che se il peculio si fosse accresciuto in seguito [4]), e permettesse ora di soddisfare l'antico domino, non per questo egli potrebbe pretendere di essere pagato [5]). Così decidendo, Giuliano è logico, perchè l'avviso contrario

[1]) GAIUS, *l. 9 ad edictum provinciale*: « Sed ipsi, qui vendiderit servum, non putat Iulianus de eo, quod ante venditionem crediderit, cum emptore de peculio agere permittendum ».

[2]) ULPIANUS, *l. 29 ad edictum*: « Denique Iulianus scribit venditorem, qui servum cum peculio vendidit, si de peculio conveniatur, non debere deducere quod sibi debetur: potuit enim hoc ex ratione peculii detrahere et nunc condicere quasi indebitum (quoniam non est in peculio quod domino debetur). Potest, inquit, etiam ex vendito agere. Quod ita erit probandum, si tantum fuit in peculio cum venderet, ut satisfacere debito dominus possit: ceterum si postea quid accessit condicionibus debiti existentibus, quod dominus non distraxerat, contra erit dicendum ».

[3]) L'insegnamento della l. 11 § 7 trova una conferma nella l. 47 § 5 D. h. t.:

> PAULUS, *l. 4 ad Plautium*: « Si servus deducto peculio venditus sit, procedit, ut venditor et deductione uti possit, et, si post venditionem coeperit aliquid venditori servus debere, non minuit peculia, quia non domino debet »,

dove Paolo, per ammettere il venditore a dedurre dal peculio i crediti verso lo schiavo anteriori alla vendita, muove dall'ipotesi che il servo sia stato venduto « deducto peculio ». Altrimenti, se cioè lo schiavo fosse stato alienato insieme col peculio, il venditore potrebbe essere convenuto con l'actio annalis, ma non potrebbe più usare del ius deductionis, secondo che rilevasi dalla l. 11 § 7 cit.

[4]) Si pensi per es. alle accessiones ricordate dalla l. 31 D. 18. 1:

> POMPONIUS, *l. 22 ad Sabinum*: « Sed et si quid postea accessit peculio, reddendum est venditori, veluti partus et quod ex operis vicarii perceptum est »,

di cui questo frammento ordina la restituzione al venditore, perchè nella fattispecie (cfr. l. 29 D. eod.) il servo non era stato venduto insieme col peculio.

[5]) La lezione del passo nell'ultima frase « ceterum si postea rel. » è tutt'altro che chiara: donde le emendazioni proposte (cfr. SCHULTING, MOMMSEN ad h. l.; ma vedi contro, KELLER, *Comment.* p. 112 sgg., MANDRY, *Pec. dupl. iur.* p. 412,

presupporrebbe che il compratore fosse tenuto al pagamento dei debiti dallo schiavo contratti verso il precedente proprietario, mentre invece

n. 30). Ciò malgrado, non mi par dubbio il senso generale da me indicato nel testo.

Certamente s'inganna il BEKKER, *Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht* 4, p. 519, supponendo che Ulpiano voglia accordare al venditore l'actio de peculio, quando egli non riesca a soddisfarsi con gli altri mezzi indicati nella l. 11 § 7 (contro MENGE, op. cit., p. 66). Ma non mi sembra buona neanche l'interpretazione del KELLER, *Comment.*, p. 112 sgg., secondo cui il testo affermerebbe che, se dopo la vendita si avvera la condizione apposta ad un credito peculiare non compreso nella vendita, cessa la condictio per quel tanto per cui il credito peculiare rimasto al venditore copre il debito dello schiavo verso di lui, e il venditore convenuto con l' actio annalis de peculio può esercitare la deductio. Ulpiano non dice che sia stato eccettuato dalla vendita del peculio qualche cespite che ne faceva parte; e non si può addurre in questo senso la frase « quod dominus non distraxerat », perchè vi ripugna tutto il contesto. Il periodo « quod ita erit probandum rel. » ha per fine di limitare l' insegnamento di Giuliano, precisando i casi in cui possono competere la condictio e l' actio ex vendito. Ora, se la prima parte del periodo accorda queste azioni pel caso in cui il peculio fosse sufficiente nel momento della vendita a soddisfare i crediti del padrone, la seconda parte per buona logica deve negarle, allorchè il peculio non fosse in quel tempo capace, e a ciò alludono chiaramente le parole « ceterum si postea quid accessit ». Invece il caso supposto dal Keller non è in antitesi con quello contemplato nella proposizione precedente, e sopra tutto non rientra nell' ipotesi giulianea: perchè Giuliano aveva negato la deductio e accordato le azioni contro il compratore, quando il peculio fosse stato venduto, mentre il Keller immagina una vendita soltanto parziale, ed allora è sicuro che per la parte invenduta non si applicano i principii dettati da Giuliano, ma si fa luogo regolarmente alla deductio. Infine l' ipotesi del Keller costringe a riferire le parole « si postea quid accessit » ad un acquisto fatto dal venditore, laddove, essendo stato il peculio venduto, non si può ragionevolmente parlare di accessione se non per il peculio che si trova presso il compratore.

Il principio, che il nostro testo enuncerebbe secondo l' interpretazione del FABRO, *Rationalia* ad h l, mi sembra esatto: se il debito è aumentato (pongasi che fosse un debito usurario) posteriormente alla vendita, non per questo l'azione contro il compratore va oltre la quantità che era dovuta al momento della vendita e che non fu detratta dal peculio. Ma, per rendere possibile la sua interpretazione, il Fabro deve proporre due sostituzioni, di *exigentibus* a « existentibus », e di *detraxerat* a « distraxerat »; e nondimeno il testo rimane oscuro più che non convenga.

Pertanto io rinuncio (e mi pare prudente) a determinare il significato dell'inciso « condicionibus debiti existentibus, quod dominus non distraxerat ». Mi basta di poter evincere con qualche probabilità il senso della frase: « ceterum si postea quid accessit, contra erit dicendum ».

Neppure gli scolî ai Basilici offrono qui alcun sussidio. Cirillo (sch. 66, ZACHARIAE, *Supplem.* p. 213) suppone che il venditore sia convenuto de peculio per debiti, di cui ora si è verificata la condizione. Stefano (sch. 67, ZACHARIAE, *Supplem.* p. 214) immagina il domino « id peculium, quod appareret, cum servo vendidisse, debitum autem conditionale retinuisse ».

Giuliano nella l. 27 § 4 cit. ha escluso che il venditore abbia l'actio de peculio contro il compratore[1]).

Lo stesso diritto, di ritenere ex peculio ciò che è dovuto dallo schiavo, o di agire per il ricupero con la condictio[2]), è concesso al venditore nella l. 30 pr. D. 19. 1[3]). Se non che la decisione, anche pel punto che ci interessa, è stata attribuita a Triboniano[4]).

Indubbiamente i compilatori delle Pandette convertirono la condictio furtiva d'azione nossale in actio de peculio; per questo riguardo non è lecito avere un'opinione diversa da quella del Pampaloni[5]).

[1]) Si veggano ancora le ll. 29 e 30 D. 18. 1, le quali accordano al venditore, cui il servo abbia sottratta una res peculiaris (nel caso contemplato da questi passi il peculio non era stato venduto), la condictio furtiva contro il compratore « si res ad emptorem pervenit », l'actio ad exhibendum e l'actio ex vendito.

[2]) Il confronto con la l. 11 § 7 cit. dimostra essere infondati i dubbii del PERNICE, *Labeo* III, p. 251, n. 2 (cfr. anche R. VON MAYR, *Die condictio des röm. Privatrechtes*, p. 234, 416) contro la genuinità della condictio accordata dalla l. 30 pr. Cfr. anche le ll. 45 D. 12. 6 e 3 § 10 D. 35. 3, dove parimenti la condictio è data per un « plus debito solutum ».

Il lettore noterà che io mi sono astenuto dal qualificare la condictio dei nostri due frammenti come condictio indebiti. Per quanto essa venga giustificata col richiamo a un « quasi indebitum » (cfr. anche l. 34 pr. e 59 D. 46. 3), e a un « plus debito solutum », pure, perchè la materia è estranea al tema su cui verte il nostro studio, e perchè lo stato attuale della scienza romanistica non consente forse una soluzione sicura, è bene riservare ogni giudizio sull'attitudine assunta da Giuliano di fronte alla partizione sistematica delle condictiones. (Cfr. l. 60 D. 30, dove Giuliano sembra accordare una incerti condictio « quasi plus debito solverit », e su di essa TRAMPEDACH, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 17, p. 104 sgg., p. 114 sgg., PFLUEGER, *Zeitschr. d. Sav. Stift. f. Rechtsgesch.* 18, p. 86, *Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo*, p. 35, MAYR, op. cit. p. 186 sgg., DI MARZO, *Studii sulla condictio*, p. 15).

[3]) AFRICANUS, *l. 8 quaestionum:* « Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamvis ea res quam subripuit interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. Nam licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset, tamen in proposito et retentionem me habiturum et, si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim posse me condicere. Secundum quae dicendum: si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtivos esse quasi peculiares ademeris et consumpseris, condictio eo nomine mihi adversus te competet, quasi res mea ad te sine causa pervenerit ».

[4]) Cfr. PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto*, fasc. 2, p. 71.

[5]) E debbono perciò essere corrette le affermazioni, che io ho enunciato, prima che fosse pubblicato lo scritto del Pampaloni, nel *Bullettino dell' Istituto di Diritto rom.* XI, p. 134 sgg.

Tuttavia ritengo che l'interpolazione della l. 30 pr. cit. sia meno estesa di ciò che è sembrato all'acuto professore di Pisa.

L'antico proprietario dello schiavo non aveva alcuna azione de peculio contro il nuovo domino, se il servo avesse commesso il furto dopo il trapasso della proprietà. Pare a me che proprio da questa norma del diritto classico, che il Pampaloni ha messo così bene in luce, nascesse il dubbio risoluto da Giuliano, a cui Africano attinge anche nella 30 pr. È noto infatti, e ce ne occuperemo di proposito nel numero seguente, che per le obbligazioni, assunte dallo schiavo verso l'antico padrone dopo uscito dalla sua potestà, si dà l'actio de peculio contro l'attuale proprietario; per le obbligazioni anteriori, giusta la l. 11 § 7, si concede la ritenzione dal peculio o la condictio. Questi due mezzi (ritenzione e condictio) fanno dunque per i debiti precedenti le veci dell'actio de peculio ammessa per i debiti posteriori. Potrebbe pertanto sembrare che nel caso supposto dalla l. 30 pr., poichè dopo la cessazione del dominio non compete l'actio de peculio, prima non si debba consentire la ritenzione. Siffatta conclusione è giustamente respinta dai nostri giureconsulti, ma il dubbio affacciato non è certo più strano di tanti altri che vediamo confutati nelle fonti.

Per i delitti commessi dal sottoposto non compete contro il pater familias l'actio de peculio [1]; ciò vale pel furto, come per ogni altro delitto. Quindi, dopo l'alienazione del servo, il furto, che egli commetta a danno dell'antico proprietario, non può far nascere un'azione de peculio. Ma pel tempo precedente all'alienazione decide un altro principio; se cioè il sottoposto divenga debitore del pater familias anche per i delitti, e se queste obbligazioni diminuiscano il peculio. Il quesito è testualmente risolto dalle ll. 4 § 3-4 [2], 9 § 6 D. 15. 1 [3],

[1] Sibbene l'actio noxalis.

[2] POMPONIUS, *l. 7 ad Sabinum*: « Sed saepe fit, ut ignorante domino incipiat minui servi peculium, veluti cum damnum domino dat servus aut furtum facit. (§ 4) Si opem ferente servo meo furtum mihi feceris, id ex peculio deducendum est, quod minus ob rem subreptam consequi possim ».

[3] ULPIANUS, *l. 29 ad edictum*: « Sive autem ex contractu quid domino debeat sive ex rationum reliquis, deducet dominus. Sed et si ex delicto ei debeat, ut puta ob furtum quod fecit, aeque deducetur. Sed est quaestionis, utrum ipsa furti aestimatio, id est id solum quod domino abest, an vero tantum, quantum, si alienus servus commisisset, id est cum furti poenis? Sed prior sententia verior est, ut ipsa furti aestimatio sola deducatur ».

9 § 1 D. 33. 8 [1]); non la pena del furto, ma l'aestimatio furti deve essere dedotta dal peculio [2]). Perciò il padrone, che è stato derubato dallo schiavo, avrà diritto di detrarre dal peculio, prima di farne la consegna al compratore, il valore della cosa sottratta, o altrimenti di ripeterlo con la condictio. Nel caso previsto da Africano si opponeva ancora un'altra difficoltà, e cioè che la cosa rubata era perita. Ma il giureconsulto ha ragione di non tenerne conto, e di accordare ugualmente la ritenzione, perchè, come l'obbligazione del ladro cônvenuto con la condictio furtiva non vien meno per il perimento della cosa [3]), così per lo stesso motivo non si estingue il debito dello schiavo da dedursi dal peculio.

Ciò posto, ecco come, a mio modo di vedere, dovette essere concepito il passo di Africano nell'opera originale:

> « Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamvis ea res quam subripuit interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, [*id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium*] [4]), eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. Nam licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, [*aut*] omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem [*aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset*], tamen in proposito et retentionem me habiturum et, si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim posse me condicere » [5]).

[1]) PAULUS, *l. 4 ad Sabinum*: « Si conservum suum vulneraverit servus et viliorem fecerit, Marcellus non esse dubitandum deduci ex peculio, quod domino interesset (nam quid interest, conservum vulneret an scindat aliquid vel frangat an subripiat? quo casu sine dubio minuitur peculium), sed non ultra simplum ».

Cfr. anche l. 27 § 1 D. 15. 1. E sui testi citati PERNICE, *Labeo* I, p. 154, n. 4, BUHL, *Salvius Iulianus*, p. 205.

[2]) Cfr. KARLOWA, op. cit. II, p. 1144; STEFANO, sch. 51 (ZACHARIAE, *Supplem.* p. 211): « poena enim non naturaliter debetur, sed a legibus inventa est ».

[3]) Cfr. l. 7 § 2, l. 8 pr., l. 16, l. 20 D. 13. 1; l. 1 § 35 D. 43, 16; l. 2 C. 4. 8.

[4]) Sulla probabile interpolazione di questo brano vedi il mio scritto *Ius deductionis e condemnatio cum deductione nell'actio de peculio*, p. 8, n. 1 (dell'estratto dagli Studi in onore di Carlo Fadda).

[5]) Do qui per gli opportuni confronti la restituzione proposta dal PAMPALONI, loc. cit.:

> « Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. *Si* ea res quam subripuit interierit, retentionem eo nomine

Riassumendo, la l. 30 pr. coincide con la l. 11 § 7 cit. nell'accordare al venditore per i suoi crediti verso lo schiavo la retentio e la condictio. Che non gli spetti l'actio de peculio, è poi ribadito dalla l. 27 § 5 D. 15. 1 [1]), pel caso che si sia fatto credito ad uno schiavo altrui, poscia riscattato e quindi rivenduto: « aeque non putat (Iulianus) mihi in emptorem dari debere iudicium ».

L'actio de peculio, che io acquistai contro il domino del servo al momento della costituzione del credito, ha dato luogo, per effetto della compera, all'actio annalis contro il venditore, e alla deduzione che io potrò attuare sul peculio posseduto dallo schiavo presso di me; indarno io pretenderei che ora rivivesse contro chi ha comperato da me lo schiavo.

La stessa soluzione, e la ragione è ovvia, Giuliano adotta per l'ipotesi che non il padrone, ma un altro servo dello stesso domino abbia fatto credito allo schiavo, più tardi alienato [2]).

A tutte queste decisioni presiede un unico concetto, la cui verità non è stata mai messa in dubbio. Dai rapporti corsi tra padrone e schiavo non nasce obbligazione civile, e non può quindi derivare un'azione, anche se più tardi, pervenuto lo schiavo nel dominio altrui, esistesse un convenuto distinto dalla persona di chi dovrebbe essere attore [3]).

ex peculio me *non* habiturum ait, eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. Nam *et* si iam traditus furtum 'mihi fecisset omnino condictionem eo nomine non haberem ».

Il seguito da « aut eatenus » sino a « condicere » secondo il Pampaloni sarebbe tutto interpolato. Per l'ultima parte « secundum quae rel. » cfr. PFLUEGER, *Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo*, p. 39 sgg., le cui conclusioni sono peraltro discutibili.

[1]) GAIUS, *l. 9 ad edictum provinciale*: « Sed et si alieno credidero eumque redemero, deinde alienavero, aeque non putat mihi in emptorem dari debere iudicium ».

[2]) Cfr. l. 27 § 7 D. 15. 1. — GAIUS, *l. 9 ad edictum provinciale*: « Sicut autem de eo, quod ipse crediderim servo meo, non putat Iulianus in emptorem alienato eo actionem mihi dari debere, ita et de eo, quod servus meus servo meo crediderit, si is, cui creditum fuerit, alienatus sit, negat permitti mihi debere cum emptore experiri ».

[3]) Sullo stesso fondamento riposa la decisione di Scevola nelle ll. 54 e 58 D. 15. 1:

SCAEVOLA, *l. 1 responsorum:* « Filio familias uni ex heredibus praedia praelegavit ut instructa erant cum servis: hi servi domini debitores fuerunt:

9. — È superfluo avvertire che per le obbligazioni, contratte dallo schiavo dopo essere uscito dal dominio del venditore, questi avrà l'actio de peculiò contro il compratore, al pari di qualunque altro creditore. Invece egli non potrà, ove sia convenuto con l'actio annalis, dedurre dal peculio i crediti posteriori, perchè l'obbligazione, assunta dallo schiavo, dopo la vendita, in favore dell'ex-proprietario, non è un debito verso il domino, e solo ciò che è dovuto al domino [1]) diminuisce il peculio: «non minuit peculium, quia non domino debet» [2]).

quaesitum est, an ceteris heredibus adversus eum actio de peculio competat. Respondit non competere ».

SCAEVOLA, *l. 5 digestorum*: « Uni ex heredibus praedia legavit ut instructa erant cum servis et ceteris rebus et quidquid ibi esset: hi servi domino debitores fuerunt tam ex aliis causis quam ex ratione kalendarii: quaesitum est, an ceteris heredibus adversus eum pecuniae ab his debitae actio de peculio competit. Respondit non competere ».

Agli eredi è negata l'actio de peculio contro il coerede prelegatario del servo e del peculio, perchè non può agli eredi competere pel credito del testatore quell'azione che mancava al domino defunto.

Rispetto alle ll. 54 e 58 citt. occorre domandarsi: esse rifiutano l'actio de peculio pura, o l'actio de peculio annalis? Poichè il prelegatario ha in parte lo schiavo ed il peculio a titolo d'erede, e con la morte del domino non vien meno alcuno dei requisiti del peculio, così, senza bisogno di una nuova concessione, il peculio continuerà ad esistere, purchè non vi sia ademtio, e l'erede prelegatario sarebbe soggetto all'actio de peculio propriamente detta, se questa fosse nel caso concreto ammissibile. Ma se non ostasse all'ammissibilità dell'actio annalis la stessa ragione che milita contro l'actio de peculio (di quale actio de peculio prenderebbe essa il posto?), il prelegatario potrebbe eventualmente essere tenuto anche con l'actio annalis, perchè, quantunque l'opinione dominante fra i giuristi romani negasse l'azione contro colui cui fosse stato legato lo schiavo insieme col peculio (v. sopra la nota 2 di p. 18), tuttavia qui è da osservare precisamente che il legatario è anche erede. (Perciò abbiamo stimato di poter argomentare dalle ll. 54 e 58 citt. a proposito della questione trattata sopra nella n. 4 di p. 7).

[1]) Bisogna aggiungere: o al successore del domino, anche se non abbia avuto mai lo schiavo nel suo potere. Infatti la l. 9 § 5 D. 15. 1 (ULPIANUS, *l. 29 ad edictum*) accorda la deductio al « creditor servi, qui heres exstitit domino eius .. sive libertatem servus acceperit sive non, idemque et si legatus sit pure servus... licet nullo momento dominium in manumisso vel legato pure habuerit ». La decisione era enunciata nel l. 12 digestorum da Giuliano, il quale recava a sostegno di essa anche quest'argomento, che « si ei, qui post mortem servi vel filii intra annum potuit conveniri de peculio, heres exstitero, procul dubio deducam quod mihi debetur ». Cfr. l. 8 § 1 D. 33. 8.

[2]) l. 47 § 5 D. 15. 1. — *Paulus, l. 4 ad Plautium*: « Si servus deducto peculio venditus sit, procedit, ut venditor et deductione uti possit [si ante venditionem servus ei aliquid debuerit *ins.* MOMMSEN], et, si post venditionem coeperit aliquid venditori servus debere, non minuit peculia, quia non domino debet ».

A rapporti tra schiavo e venditore sorti dopo la vendita si riferisce anche la l. 38 § 3 D. 15. 1 [1]), la quale risolve un curioso dubbio sul contenuto dell'actio de peculio, data al domino che ha prestato denaro all'antico suo schiavo.

Non si discute ch'egli possa agire contro l'attuale proprietario, ma si domanda « an ita mihi in te actio de peculio dari debeat, ut deducatur id, quod apud me ex eo remanserit ».

Taluno pensava che il venditore avesse diritto sólamente alla differenza fra l'ammontare del credito e il valore del peculio rimasto presso di lui. Era questo un errore, che Africano respinge molto seccamente: « quod quidem minime verum est ». Ma per noi è interessante già il fatto che una simile idea sia potuta balenare, che siasi potuto immaginare di estendere all'actio de peculio, intentata dal venditore pel pagamento di crediti posteriori alla vendita, un principio, il quale vigeva certamente per l'actio annalis, spettante al compratore che avesse avuto dei crediti verso lo schiavo prima di acquistarne la proprietà. Poichè quello che è falso nel caso previsto dalla l. 38 § 3, è al contrario verità positiva nell'ipotesi delle ll. 27 § 6 [2]) e 47 § 4 D. 15. 1 [3]).

Che il compratore avesse azione contro l'alienante per le obbligazioni verso di lui assunte dallo schiavo prima dell'alienazione, sapevamo già dalla l. 11 § 8 D. h. t., ma la l. 27 § 6, oltre che ricordarci che l'azione ha la durata di un anno da computarsi dal giorno della compera, « dumtaxat intra annum post redemptionem numerandum », ci fornisce una notizia quanto mai preziosa sul suo contenuto.

[1]) AFRICANUS, *l. 8 quaestionum:* « Servo quem tibi vendideram pecuniam credidi: quaesitum est, an ita mihi in te actio de peculio dari debeat, ut deducatur id, quod apud me ex eo remanserit. Quod quidem minime verum est, nec intererit, intra annum quam vendiderim an postea experiar: nam nec ceteris quidem, qui tunc cum eo contraxerint, in me actio datur. In contrarium quoque agentibus mecum his, qui antea cum eo servo contraxissent, non deducam id, quod postea mihi debere coeperit. Ex quo apparet onus eius peculii, quod apud me remanserit, ad posterioris temporis contractus pertinere non debere »

[2]) GAIUS, *l. 9 ad edictum provinciale:* « In venditorem autem dumtaxat intra annum post redemptionem numerandum de eo, quod adhuc alieno crediderim, dandam esse mihi actionem existimat deducto eo, quod apud me peculii servus habebit ».

[3]) PAULUS, *l. 4 ad Plautium:* « Non tantum autem quivis creditor cum venditore ex ante gesto agere potest, sed et ipse emptor, idque et Iuliano videtur, quamvis et deducere ipse potest adversus alium agentem, dum tamen id, quod apud se habet, computet ».

Giuliano mi accorda l'azione « de eo quod adhuc alieno crediderim », però « deducto eo quod apud me peculii servus habebit ». E Paolo nella l. 47 § 4, invocando ancora l'autorità di Giuliano, « idque et Iuliano videtur », dichiara che col venditore può agire ex ante gesto non solo qualunque creditore, ma lo stesso compratore, « dum tamen id, quod apud se habet, computet ».

Il principio è dunque nelle fonti lucidamente attestato, e sarà più innanzi avvalorato dalla circostanza che un principio eguale informa i rapporti tra usufruttuario e proprietario. Il compratore, che fosse già creditore del servo, ha l'actio annalis contro il venditore, ma deve detrarre dall'ammontare del credito il valore del peculio « quod apud se habet ». Vi è perfetta corrispondenza tra il suo diritto, allorchè esso è convenuto da un altro creditore, e l'obbligo suo, quando è lui che agisce contro il venditore. Chiamato in giudizio da un terzo, egli ha diritto di dedurre il suo credito dal peculio, cioè ha diritto di soddisfarsi per primo sul peculio stesso; agendo alla sua volta contro il venditore, egli non può esigere da costui che il residuo, perchè anzitutto deve pagarsi col peculio che è nelle sue mani. La regola dettata da Giuliano riposa sullo stesso fondamento della deductio, che compete al domino convenuto con l'actio de peculio. Non si spiega forse il ius deductionis con la elegante osservazione di Pedio, che « non est verisimile dominum id concedere servo in peculium habere, quod sibi debetur » [1]), rincalzata dall' altro motivo « quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur » [2]), o più semplicemente perchè si ritiene « quasi sibi eum solvere, cum quis agere de peculio conabitur » [3])? Ebbene, se queste ragioni son giuste [4]), per tali si debbono avere in ogni caso. Anche il compratore, che pretende il pagamento del suo credito dal venditore, si deve considerare abbia avocato a sè il peculio del servo, e si sia soddisfatto con esso sino a concorrenza del suo valore [5]).

[1]) l. 9 § 4 D. 15. 1.

[2]) l. 9 § 2 D. eod.; cfr. anche l. 9 § 5.

[3]) l. 9 § 4 cit.

[4]) Cfr. sul loro valore dommatico MANDRY, *Familiengüterrecht* II, p. 394 sgg., PERNICE, *Labeo* I, p. 130 sgg., KARLOWA, op. cit. II, p. 1146, n. 3.

[5]) Cfr. STEFANO, sch. 74 (ZACHARIAE, *Supplem.*, p. 214): « ... emtor adversus venditorem de peculio intra annum nimirum agere potest, tamen deducit peculium apud se acquisitum, *quasi sibi ipse solvens* ».

Che su queste basi [1]) stia saldo il principio giulianeo, appare anche dall' erronea applicazione, che altri pensava di poterne fare, e dalla confutazione di Africano nella l. 38 § 3 cit. È indifferente, scrive il giureconsulto, che io agisca entro l' anno o più tardi, « nam nec ceteris quidem qui tunc cum eo (servo) contraxerint, in me actio datur ». Il dubbio, che io venditore dovessi agire « ita ut deducatur id quod apud me ex eo remanserit », sembrava più forte nel caso appunto che l'azione fosse da me promossa entro l' anno. Se io sono convenuto con l' actio annalis, ho bene il diritto di detrarre dal peculio il mio credito; è dunque giusto che, se in questo intervallo di tempo io mi faccio attore, non possa ottenere che la differenza tra il mio credito ed il peculio che ho già. Ma questo ragionamento era sbagliato di sana pianta, perchè dimenticava la distinzione essenziale tra i crediti sorti contro lo schiavo prima della vendita e quelli costituiti posteriormente. Per i crediti anteriori, il venditore può essere convenuto dagli altri creditori con l'actio annalis, ma non può agire, lo vedemmo, con l'actio de peculio contro il compratore. Per i crediti posteriori invece, egli non è tenuto, « nec ceteris quidem, qui tunc cum eo contraxerint, in me actio datur », ma può agire contro il compratore. D'altra parte, quando il venditore è chiamato a rispondere con l'actio annalis delle obbligazioni contratte dallo schiavo sotto la sua potestà, non può dedurre il credito acquistato posteriormente. « In contrarium quoque agentibus mecum his, qui antea cum eo servo contraxissent, non deducam id, quod postea mihi debere coeperit ». Sicchè nè il venditore è autorizzato a dedurre il credito nuovo, allorchè è intentata contro di lui l' actio annalis; nè egli, reclamandone

[1]) Cfr. BEKKER, *Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht*, 4, p 52) sgg. — Assai discutibile mi sembra invece la tesi del Bekker, che sullo stesso fondamento poggi anche il principio, per cui i condomini non possono agire tra loro con l' actio de peculio (l 19 § 2 e 20 D. 15. 1). L' illustre pandettista assume che l' attore dovrebbe dedurre l' importo del peculio comune, e quindi agire per la differenza, che è uguale a zero. A parte che ciò non sarebbe più vero nel caso che il credito fosse superiore all'ammontare del peculio, sopra tutto io penserei che, ammessa l'azione di un condomino contro l'altro, il convenuto dovrebbe essere condannato nella quota del peculio a lui appartenente, e l' attore alla sua volta dovrebbe dedurre dall' ammontare del credito la propria porzione di peculio. Pertanto l'esclusione dell'actio de peculio tra socii si giustifica col riflesso che le azioni pro socio e communi dividundo sono sufficienti a regolare i rapporti reciproci dei condomini (cfr. MANDRY, *Pec. dupl. iur.* p. 391, e lo stesso BEKKER, op. cit. p. 521 i. f.).

il pagamento dal proprietario attuale, deve computare il valore del peculio rimasto presso di lui. Il peculio, da lui lucrato col cessare del suo dominio sullo schiavo, è vincolato ancora per un anno al pagamento dei debiti preesistenti; ma i nuovi debiti, che lo schiavo assume presso l'attuale padrone, non possono gravare sull' antico peculio. « Ex quo apparet onus eius peculii, quod apud me remanserit, ad posterioris temporis contractus pertinere non debere ».

La catena delle idee nel passo di Africano è stretta da una logica rigorosa; il suo ragionamento può riassumersi nell'assioma: i debiti contratti dallo schiavo sotto il nuovo domino, sia verso l' antico proprietario sia verso altri, non stanno in nessun rapporto col vecchio peculio. Ma per le obbligazioni nate anteriormente, se accada che soggetto attivo delle medesime sia il compratore, ed egli agisca con l'actio annalis de peculio contro il venditore, deve dedurre dalla somma del credito l'ammontare del peculio, che il servo eventualmente avesse presso di lui.

Peraltro, come potrà il giudice, investito del giudizio sull' actio annalis, tener conto del peculio di proprietà dell'attore? Donde egli deriverà la facoltà di sottrarre dal credito dell' attore l'ammontare del peculio a lui appartenente, quando la formula ordina di condannare il venditore convenuto nella misura del suo peculio, e non accenna menomamente al peculio del compratore attore? Ci toccherebbe ora d'affrontare un difficile problema di tecnica processuale, se io non avessi modo di rinviare il lettore ad un altro scritto [1], in cui ho tentato di dimostrare che la formula normale dell' actio de peculio riceveva nel nostro caso un' aggiunta, e portava una « condemnatio cum deductione ».

10. Verrà il momento in cui potremo utilizzare per la teoria della consumazione processuale i risultati conseguiti con le ricerche dei numeri precedenti. Ora per conoscere sotto ogni aspetto il rapporto nel quale, agli effetti della consumazione, si trovano l'actio de peculio contro il compratore e l'actio annalis contro il venditore, dopo che la motivazione della l. 11 § 8 D. h. t. ci ha svelato che per Ulpiano

[1] *Ius deductionis e condemnatio cum deductione nell'actio de peculio*, estratto dagli « Studi in onore di C. Fadda ».

le due azioni possono cumularsi insieme, dobbiamo prendere in accurato esame la l. 47 § 3 D. 15 1 [1]). Essa sarebbe interpolata, secondo ritengono Lusignani, Ferrini, Bonfante; ma potrebbe essere invece genuina, come l'Erman ha sostenuto con osservazioni assai acute, ed io cercherò di provare con nuovi argomenti.

Nella l. 47 § 3 cit. Paolo riferisce che « Proculus ait re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur »; al contrario Proculo vuole che il creditore intenti prima l'azione contro di uno, e poi, se non sarà stato soddisfatto per intero, possa agire per il rimanente contro l'altro La spiegazione più naturale è che Paolo e Proculo fossero d'opinione diversa da Gaio e da Giuliano, i quali nella l. 27 § 3 D. 15. 1 [2]) accordano ai creditori la scelta « vel in partes cum singulis (compratore e venditore) agere vel cum uno in solidum ». Invece quegli altri giureconsulti esigevano che prima si sperimentasse l'azione contro di uno, e solo in caso di necessità, mediante restitutio in integrum (« rescisso superiore iudicio »), fosse convenuto l'altro.

Contro questo modo di intendere la l. 47 § 3 si è pronunziato il Ferrini [3]), per varie ragioni desunte dal suo contenuto [4]).

[1]) PAULUS, *l. 4 ad Plautium*: « Si creditor servi ab emptore esset partem consecutus, competere in reliquum in venditorem utile iudicium Proculus ait, sed re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur: satis enim esse hoc solum ei tribui, ut rescisso superiore iudicio in alterum detur ei actio, cum electo reo minus esset consecutus: et hoc iure utimur ».

[2]) GAIUS, *l. 9 ad edictum provinciale*: « Illud quoque placuit, quod et Iulianus probat, omnimodo permittendum creditoribus vel in partes cum singulis agere vel cum uno in solidum ».

[3]) *Archivio giuridico*, 64, p. 89 sgg., *Zeitschr. d. Savigny Stiftung. f. Rechtsgesch.* 21, p. 197 sgg.

Per certi riguardi il Ferrini ha avuto un precursore nel BARON, op. cit. p. 80, il quale crede inverosimile una controversia su questo punto tra i giureconsulti romani. Peraltro il suo argomento, che la l. 27 § 3 di Gaio con le parole « illud quoque placuit » constati l'accordo dei giuristi classici, viene confutato dal KARLOWA, op. cit. II, p. 1150, osservando che « placuit » e « inter omnes placuit » sono espressioni diverse, e che, se « placuit » dovesse escludere ogni divergenza di opinioni, non avrebbe senso l'aggiungere, come fa Gaio, « quod et Iulianus probat ». Ed è inaccettabile l'interpretazione proposta dal Baron della l. 47 § 3, perchè è impossibile credere che Proculo voglia vietare soltanto di agire *in solidum*

[4]) Vedi nota 4 a pag. 42.

Al Ferrini sembra affatto inverosimile, che, quando un' azione competeva contro diverse persone, i giuristi romani potessero vietare di dividerla e di esigere da ciascuna una parte del credito. Per il

« simul cum emtore et cum venditore », proprio mentre egli scrive che non deve permettersi all'attore il « *dividere actionem* ut simul cum emtore et cum venditore experiatur », e non è accennato in nessun modo nel testo che Proculo rifiutasse la restitutio all'attore, che volesse agire contro un secondo convenuto dopo aver contestato la lite contro il primo, avanti che fosse esaurito il primo processo: l'accordarla o no in queste circostanze dipende dall'apprezzamento del magistrato, e non si deve escludere a priori che in qualche caso non possa apparire ragionevole la rinuncia alla prosecuzione del giudizio in corso.

Concorda col Baron il GEIB, *Kritische Vierteljahresschrift*, 43, (1902), p. 46, il quale afferma che la divisione dell'azione non è respinta nella l. 47 § 3. Proculo, secondo il Geib, direbbe, che per conseguire il resto, che non si è ottenuto dal primo convenuto, occorre una restitutio (actio utilis), ed in questo modo l'actio de peculio non può essere « re integra » divisa e intentata contemporaneamente contro i diversi obbligati! Se l'esegesi del Geib accenna a tener conto del « dividere actionem », che offre, come abbiamo visto, un argomento letterale fortissimo contro l'interpretazione del Baron, si deve deplorare d'altronde che la determinazione del pensiero attribuito alla l. 47 § 3 sia nel Geib molto meno chiara che non nel Baron. Tuttavia è fuori di dubbio che anche il Geib, come il Baron, intende la dottrina di Proculo nel senso che l'attore non abbia la facoltà di convenire compratore e venditore in solidum contemporaneamente: perchè altrimenti, scrive il Geib, lo stesso credito si farebbe valere più volte. Se non che a nessun giureconsulto romano può mai esser venuto in mente di tollerare che il creditore, reclamando da ciascuno dei possessori del peculio sino a concorrenza di questo il soddisfacimento del credito, ottenga più dell'ammontare del credito stesso; e, quando essi ammisero il creditore ad agire contro il compratore e il venditore dello schiavo, sapevano bene che quel risultato non si sarebbe mai avuto, perchè la consumazione delle azioni era ostacolo insormontabile a che fossero convenuti ambedue in solidum.

Per un verso dunque Proculo non aveva ragione di occuparsi d'una facoltà del creditore peculiare, che a nessuno poteva passare pel capo di concedergli, tanto era assurda; per un altro verso giova ripetere che il « dividere actionem », finchè le parole saranno adoperate con un po' di rispetto per il loro significato, non può indicare l'esercizio cumulativo di più azioni per l'intero, che si direbbe una moltiplicazione, e non una divisione dell'azione.

Insieme con gli autori sopra ricordati è da citare il KÜBLER, *Zeitschr. d. Savigny Stiftung f. Rechtsgesch.* 25 (1904), p. 439, il quale tenta di raggiungere l'accordo fra Proculo e Giuliano, eliminando l'opinione divergente di quest'ultimo. Dopo aver osservato giustamente che il caso, in cui l'attore abbia da fare col compratore e col venditore dello schiavo, si deve distinguere da quello in cui lo schiavo sia nel condominio di più persone, ed aver avvertito che nel secondo caso la divisione dell'azione è ammessa da Gaio (l 27 § 8 D. 15. 1), Giuliano (l. 14 pr. e § 1 D. eod.) ed Ulpiano (l. 15 D. eod.; quest'ultima citazione non mi sembra esatta), soggiunge il Kübler, che non si può provare che Giuliano abbia consentito la divisione di fronte al compratore e al venditore. L'interpretazione, che il Kübler

compianto romanista, la divisione dell'azione fra più obbligati è sempre possibile, e, se Proculo qui non l'ammette, la sua decisione dipende dal rapporto tra l'actio pura e l'actio annalis; egli deve aver creduto di trovare nelle formule relative qualche impedimento al loro simultaneo esercizio.

Avremmo potuto anche trascurare questa parte delle osservazioni del Ferrini, perchè esse non pregiudicano la questione sull'autenticità del testo, se non avessimo ritenuto opportuno di fermarci, sia pure brevissimamente, ad indagare per quali ragioni Proculo

dà alla l. 37 § 2 D. 15. 1, coglie nel segno: noi stessi abbiam visto sopra che qui Giuliano insegna unicamente che l'azione compete tanto contro il venditore quanto contro il compratore, ma non dice nulla che possa far credere che l'azione sia esperibile contro ambedue ad un tempo. Ugualmente non alludono alla divisione le ll. 27 § 2, 30 § 5 e 32 § 1 D. h. t. Ma è strano che il dotto professore di Berlino dimentichi affatto la l. 27 § 3, che depone apertamente contro la sua affermazione.

Giova precisare, a scanso d'equivoci, che la divisione, di cui si discute ora, ammessa da Giuliano, negata da Proculo, è la divisione volontaria dell'azione, a cui l'attore liberamente si appiglia, per evitare le conseguenze della consumazione, e potere agire simultaneamente contro il compratore e il venditore. Vi e poi una divisione, che per antitesi potrebbe chiamarsi necessaria, ed ha luogo nell'actio annalis, quando più eredi succedono al pater familias originariamente tenuto con essa. A questa divisione si riferisce la l. 14 § 1 D. 15. 1, che a torto è citata insieme col principio della stessa legge, il quale concerne un caso ben diverso; la divisione non sta più in facoltà dell'attore, ma ipso iure ogni convenuto risponde solo pro parte. Per modo che, ove l'attore non limitasse l'intentio ad una porzione del credito, otterrebbe bensì che si verificassero gli effetti della consumazione e perderebbe le azioni contro gli altri obbligati, ma non otterrebbe che il convenuto fosse condannato oltre la quota che grava su di lui. Dell'una e dell'altra divisione, e del modo come la divisione si attuava nel sistema delle formule, ragiona la nostra memoria *L'actio de peculio annalis contro gli eredi* (estratta dagli Studi Senesi in onore di L. Moriani).

[4]) Quanto alla forma, la critica del LUSIGNANI, op. cit. p. 25, n. 26 è certamente eccessiva (cfr. anche FERRINI, *Archivio giuridico*, 64, p. 88 sgg.). L'«hoc iure utimur» non è qui più inutile che non sia in tanti altri testi, per indicare che una certa opinione è seguita nella pratica; «minus esset consecutus» ha per soggetto sottinteso «actor», e il sottintenderlo non còsta proprio nessuno sforzo; corretta è l'espressione «re integra non esse permittendum» (come avrebbe potuto un classico esprimer meglio il pensiero di Proculo, che non dovesse permettersi a cose integre etc.? - bizantini sono soltanto gli ablativi assoluti, di cui si servono i compilatori per enunciare la decisione, non già un ablativo come quello che si legge nel nostro testo!)

Per contro è probabile la sostituzione di «competere» a «dandum esse»; e si possono trovare un po' pesanti le frasi «satis esse hoc solum ei tribui» e «cum electo reo minus esset consecutus» [cfr. ERMAN, *D. (44. 2) 21 § 4, Études de droit classique et byzantin* nei «Mélanges Ch. Appleton», p. 253]. Ma con questi sparuti

combattesse la tesi, che più tardi doveva essere sostenuta da Giuliano [1]).

L'ipotesi, forse enunciata dal Ferrini un po' troppo vagamente, d'un ostacolo che sarebbe provenuto dalla formula, mi pare poco probabile. Di fronte ad esso avrebbe dovuto arrestarsi anche Giuliano, o escogitare un'acconcia modificazione della formula. Altrimenti bisognerebbe supporre che Proculo avesse visto una difficoltà dove non era; ma è verosimile che un equivoco di Proculo potesse divenire ius receptum? (« et hoc iure utimur »! [2]).

Plausibile è la congettura dell'Erman [3]), che Proculo volesse evitare dei processi inutili, perchè spesso basterà una sola frazione del peculio a coprire l'intero debito. Soltanto io dissento dall'Erman, quando egli sembra essere d'opinione che la regola di Proculo dovesse applicarsi a tutti i casi di concorso di più azioni de peculio [4]). Io

indizi, se si arriva a sospettare qualche ritocco alla forma del testo, non si potrà mai presumere di dimostrare un mutamento radicale nel contenuto.

[1]) Cfr. sulle facoltà e l'opera dei giuristi romani le belle osservazioni dell'ERMAN, *Études* cit. p. 256 sgg.

[2]) L' ERMAN, *Zeitschr. d. Savigny Stiftung f. Rechtsgesch.* 20, p. 246 (cfr. BREMER, *Iurispr. antehadr.* II, 2, p. 169) ritiene che le parole « et hoc iure utimur » siano state aggiunte da Triboniano, perchè al tempo di Paolo questa dottrina proculeiana, secondo la l. 32 pr. D. 15. 1, era ancora controversa.

Dalla l. 32 pr. risulta peraltro che Ulpiano ammetteva in genere la rescissione: sicchè la dichiarazione « et hoc iure utimur » potrebbe benissimo rispondere alla verità pei tempi di Paolo, ed essere del giureconsulto classico.

[3]) *Zeitschr. d. Savigny Stiftung f. Rechtsgesch.* 20, p. 245, *Études* cit. p. 253, n. 5. Cfr. anche BEKKER, *Process. Consumption*, p. 311 sgg., il quale fa giustamente osservare che, una volta ammessa la divisione, il creditore prudente agirà sempre contro tutti e due, compratore e venditore, anche quando potrebbe ottenere il pieno soddisfacimento da uno solo. Il FERRINI ha negato da principio (*Archivio giuridico*, 61, p. 89) che col sistema attribuito a Proculo si vengano a diminuire le liti, ma lo stesso autore deve essersi accorto della poca fondatezza di questa critica, perchè non l'ha ripetuta nell'articolo citato della *Zeitschrift der Sav. Stiftung*.

[4]) A questa stregua dovrebbe essere vietato di convenire pro parte ciascuno dei coeredi contro cui compete l'actio annalis, o ciascuno dei varii condomini che avessero concesso peculii separati allo schiavo.

Non è a parlare del caso che il peculio sia comune a tutti i condomini, perchè allora vige il principio che ciascun condomino possa essere condannato nell'intero peculio (cioè anche nelle quote degli altri), sicchè il creditore non ha bisogno di ricorrere alla divisione dell'azione. Rispetto agli usufruttuarii e ai possessori di buona fede, la possibilità della divisione dipende dal modo con cui è regolata la competenza dell'azione contro di loro. Se ciascuno non risponde in via principale

inclinerei invece a credere che la massima valesse unicamente nei riguardi del compratore e del venditore. E ciò, non perchè stimi di poter argomentare dalle ll. 14 pr. e 27 § 8 D 15. 1, ma perchè mi fa impressione la circostanza che la questione della divisibilità dell'azione sia disputata solo a proposito del compratore e del venditore. Se la l. 14 pr. ammette la divisione dell' actio annalis contro più eredi [1]), il frammento appartiene a Giuliano; e così pure, se è vero che la l. 27 § 8 permette di agire in solidum contro qualunque dei condomini perchè « est iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit », e quindi implicitamente riconosce che si può agire contro ciascuno in partes, la legge è di Gaio, che nel § 3 accetta l'insegnamento giulianeo. Onde nessuna di due proverebbe nulla contro la più larga applicazione della norma proculeiana. Invece io mi domando se sia un puro caso, o piuttosto un indizio eloquente, che tanto nella l 27 § 3 [2]) quanto nella l. 47 § 3, pur venendosi a conclusioni opposte, si parta sempre dalla stessa ipotesi, che convenuti siano il compratore e il venditore.

D'altra parte quest'ipotesi differisce da tutte le altre, per ciò che qui all'attore competono due azioni distinte, l'actio de peculio contro il compratore, e l'actio annalis contro il venditore. Quando lo schiavo è soggetto alla proprietà di più persone, o quando è manomesso da un testatore che lascia più eredi, il creditore ha l'actio de peculio o l'actio annalis contro più convenuti, di cui ciascuno risponde per la sua quota di peculio; ma è sempre la stessa azione, cogli stessi pre-

che dei contratti, la cui causa debendi lo riguarda direttamente (l. 19 § 1 D. 15. 1), non mi sembra che si possa pensare ad agire in partes contro tutti. Invece, nell' ipotesi di condomini con separata peculia, considerando che la capacità d'acquisto dei condomini è uguale e abbraccia di regola tutti gli atti d'acquisto del servo, la responsabilità del domino « ad quem res non respicit » non dovrebbe essere meramente sussidiaria (cfr. MANDRY, *Pec. dupl. iur.* p. 392), e, poichè in questo caso ogni condomino è tenuto nel suo solo peculio, la divisione dell'azione si presenta come possibile ed utile.

[1]) Cfr. sull'interpretazione della l. 14 pr. il nostro studio *L'actio de peculio annalis contro gli eredi*, p. 35 sgg. (dell'estratto dagli Studi Senesi in onore di L. Moriani).

[2]) Veramente il MOMMSEN ad h. l. vorrebbe sostituire alla parola « creditoribus » le altre « creditori pluribus heredibus venditoris existentibus », e, se l'emendazione fosse accolta, la l. 27 § 3 si riferirebbe al concorso delle actiones annales contro gli eredi. Ma vedi contro la proposta del Mommsen lo studio citato nella nota precedente p. 36 sgg.

supposti, che si fa valere contro tutti. Diversamente accade, quando convenuti sono il compratore e il venditore: contro il primo, l'actio de peculio presuppone l'esistenza attuale di un peculio presso di lui, e contiene la condanna nella misura di questo peculio; contro il secondo, l'actio annalis presuppone che a lui sia rimasto il peculio (un altro peculio!) al momento della cessazione del dominio, ed esige la sua condanna nell'ammontare dei beni ex-peculiari, Qui non si tratta soltanto di ripartire la medesima azione fra più convenuti, come quando si chiedono le frazioni del debito a più correi debendi, o al debitore principale e al fideiussore. Qui bisognerebbe consentire qualche cosa di più, ciò che a Proculo potè sembrare eccessivo. Bisognerebbe autorizzare il creditore a fondarsi per una parte su di un rapporto, per l'altra su di un altro, a servirsi in parte d'un'azione, in parte d'un'altra. È già molto che si sia accordata l'azione contro il compratore « ex ante gesto », che il creditore abbia a sua disposizione due azioni. Finchè è possibile che una basti, non si deve ricorrere all'altra: ciò deve essere lecito solamente in caso di necessità, quando altrimenti il creditore non sarebbe soddisfatto per intero.

Queste considerazioni probabilmente deve aver fatte Proculo, il quale ammetteva la rescissione della consumazione, e quindi la facoltà di agire per il residuo contro l'altro debitore. Mentre Giuliano, che non accordava la restitutio in integrum per eliminare gli effetti della consumazione, era necessariamente ridotto a cercare di evitarli con la divisione dell'azione. Del resto anche chi avesse seguito la dottrina di Proculo sulla consumazione, avrebbe potuto allontanarsi da lui per ciò che tocca il nostro punto. Potrebbe infatti sostenersi che sia più semplice e più comodo per tutti, quando si sa preventivamente che nessuno dei due peculii basta da sè solo a soddisfare l'intero debito, che il creditore ripartisca l'obbligazione fra i due convenuti. In questo modo si risparmia almeno la rescissione, poichè i due giudizi sono inevitabili, data l'insufficienza di ciascun peculio.

Insomma la nostra è più che altro una questione di convenienza e di opportunità, la cui risoluzione trovò discordi i giureconsulti romani: ma è anche una questione, che, nei termini indicati, non può presentarsi, se non si ha che fare con un venditore ed un compratore [1]).

[1]) Per un tentativo di conciliazione, manifestamente errato, della l. 47 § 3 con

11. L'obbiezione più forte (neppure la scoperta del Lenel ha potuto scemarne l'efficacia), contro l'interpretazione della l. 47 § 3 che noi difendiamo, fu dal Ferrini enunciata nel primo de' suoi acuti articoli sulla consumazione [1]).

In seguito alla restitutio, egli dice, vien meno ogni forza della precedente sentenza; se il convenuto nel giudizio rescisso ha pagato qualche cosa, potrà sicuramente ripetere il pagato, ed è assolutamente impossibile quel risultato, che la l. 47 § 3 vuol far raggiungere all'attore, di tenere quello che ha avuto e chiedere il rimanente. No, la restitutio in integrum elimina il primo processo con tutte le sue conseguenze, e l'azione rescissoria serve a reclamare il debito intero dal nuovo convenuto che si reputa più solvibile.

Anche ora che la classicità della restituzione dell' actio de peculio non è più discutibile, le obbiezioni del Ferrini potrebbero far dubitare se la l. 47 § 3 sia genuina. Epperò è necessario esaminarne con molta cura il fondamento.

È insito nel concetto della restituzione che ambe le parti debbano essere reintegrate nello stato anteriore. Colui che chiede di essere restituito in intiero, « sicut in damno morari non debet, ita nec

la l. 27 § 3 citt. si può vedere lo sch. 193 di Stefano (ZACHARIAE, *Supplem.* p. 229) ad l. 47 § 3 verb. « hoc iure utimur »:

> « Hoc sic intelligas, ut non possit simul et eodem tempore adversus venditorem et emtorem agere: separatim scindere actionem potest et, diverso scilicet tempore, adversus venditorem pro parte et pro parte rursus adversus emtorem agere. Sic intelligas, ne tibi contrarium videatur, quod Gaius dicit dig. 27 (§ 3) huius tit. ».

Al pari degli autori ricordati nella nota 3 di p. 40, Stefano non si è accorto che qui la sola conciliazione possibile è quella storica.

[1]) *Archivio giuridico*, 64, p. 91. Non intendo occuparmi particolarmente della restituzione, proposta dal Ferrini, della l. 47 § 3 cit., perchè gli argomenti, in questo e nel numero precedente addotti a sostegno della sua genuinità, sono, a mio avviso, la condanna anticipata di ogni tentativo simile. Nondimeno riassumerò le ottime osservazioni dell' ERMAN, *Études* cit. p. 251 sgg., nelle quali convengo pienamente.

La supposizione del Ferrini, che il compratore non sia stato costretto giudizialmente, ma abbia fatto volontariamente un pagamento parziale, è poco probabile: sia perchè l'interpretazione più spontanea è la prima, sia sopra tutto perchè Paolo e Plauzio non avrebbero citato Proculo per accertare il principio banale, che il creditore, che ha avuto un acconto dal compratore, conserva per il resto l'actio annalis contro il venditore. Con questo principio dovrebbe stare

in lucro »[1]), e perciò deve rendere all'avversario ogni utile che avesse ricavato dal fatto, che si vuole rimosso con la restituzione. Quindi, se il legittimo contradditore alla domanda del creditore, che aspira alla rescissione della consumazione, fosse il compratore, col quale si è svolto il primo processo, le conseguenze sarebbero quelle segnalate dal Ferrini. Non gioverebbe neppure obbiettare con l'Erman, che il compratore non può avere la condictio indebiti, perchè ha pagato in esecuzione di un giudicato, e basta la semplice supposizione di questo perchè la condictio sia esclusa[2]). Il compratore non avrebbe infatti bisogno di ricorrere alla condictio, perchè sarebbe garantito in una maniera più energica, se la restitutio in integrum dovesse compiersi contro di lui. Il pretore non rilascerebbe l'actio rescissoria, finchè il creditore non avesse restituito, o non avesse per lo meno promesso di restituire, ciò che ha conseguito in forza della lite precedente.

Il nodo della questione sta dunque nel vedere le persone contro cui è diretta la restitutio in integrum. Il pretore rescinde la consumazione, perchè il creditore possa agire contro il venditore, o vuole anche che cada interamente il giudizio espletato col compratore? Nella prima ipotesi l'avversario, la cui presenza o contumacia è richiesta perchè il pretore proceda alla cognitio e poi emani il decreto di restituzione[3]), è solamente il venditore, al quale l'attore non ha

in opposizione l'altro « sed re integra rel. », e si dovrebbe venire alla conseguenza che dopo il pagamento è lecito dividere l'azione; ma dopo il pagamento non si divide nulla, perchè l'azione dura soltanto per il residuo, e per tutto questo residuo essa è esercitata contro il venditore. Di più l'interpolazione non avrebbe avuto alcuno scopo, perchè una proposizione relativa all'actio annalis poteva essere accolta tal quale nelle Pandette (salvo la sostituzione di « iudicium » a « formula », « competere » a « dandam esse »). Secondo il Ferrini, i compilatori avrebbero voluto illustrare l'« utile iudicium » interpolato in altri testi, ma proseguendo innanzi vedremo che non esistono neppure quest'altre interpolazioni.

[1]) L. 1 pr. C. 2. 48 (47).

[2]) Forse che la l. 11 D. 12. 6 nega la condictio indebiti a chi « per imprudentiam plus quam in peculio est solverit », perchè il solvente pagava in esecuzione d'una sentenza di condanna (« is, cum quo de peculio actum est »)? (cfr. ERMAN, *Études* cit. p. 229, n. 1). Si tratta di una legge, la cui interpretazione è difficilissima (cfr. MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 286, n. 9; BEKKER, *Aktionen*, II, p. 345 e gli autori ivi citati), e contro la congettura, che qui di volo abbiamo accennata, si potrebbero muovere serie obbiezioni.

[3]) Cfr. l. 29 § 2 D. 4. 4.

nulla da restituire; nella seconda ipotesi ha interesse ad opporsi alla restitutio anche il compratore, al quale, accordata che sia la restituzione in intiero, dovrà rendersi ciò che avesse prestato per effetto del precedente giudizio [1]).

Ora mi pare che indubbiamente si debba escludere una rescissione piena ed intera del primo processo. Le osservazioni dell' Erman [2]) in proposito sono giustissime. Il pretore non vuole qui con la rescissione sostituire un nuovo convenuto al primo, ma vuole permettere al creditore di agire *anche* contro il secondo, perchè da *tutti e due* egli possa ottenere quella soddisfazione cui ha diritto. Introducendo nella formula della seconda azione la fictio che il primo giudizio non abbia avuto luogo, il pretore non ha lo scopo di distruggere quel primo giudizio in tutte le sue conseguenze, ma solamente di eliminarne una, quella della consumazione, acciocchè l' actio annalis divenga proponibile contro il venditore. Chi giudicasse altrimenti, si metterebbe in contraddizione col ragionamento di Proculo e col risultato che il giureconsulto voleva raggiungere. Egli combatteva la teoria giulianea della divisione delle azioni, perchè credeva che in altro modo si potesse più opportunamente arrivare allo stesso risultato. Ma se il creditore dovesse restituire ciò che ha conseguito col primo giudizio, la teoria di Proculo avrebbe menato a conseguenze diversissime. Il creditore avrebbe soltanto la scelta tra l'actio de peculio contro il compratore e l'actio annalis contro il venditore; fatta una volta la scelta, e accortosi di avere errato, egli potrebbe chiedere la rescissione del primo giudizio e rivolgersi contro l'altro convenuto, ma dovrebbe sempre contare sopra un solo peculio, mentre Giuliano gli permetteva di cercare il pagamento su tutti e due.

Nessuna difficoltà può poi presentare, dal punto di vista del processo classico, l' « utile iudicium in reliquum » contro il venditore. Giova notarlo, perchè proprio queste frasi delle fonti che consentono

[1]) A queste conclusioni porta la logica piu semplice: ma si rischia di passare per ingenui a dire che, se il giudizio col compratore deve essere annullato, il compratore ha interesse di opporsi alla restitutio in integrum. Indubbiamente egli è il legittimo contradittore alla domanda di restituzione: eppure nessuno sarà più di lui contento di riprendere anche quel poco che ha pagato! Stranissima situazione, a cui mette capo un falso concetto dei rapporti giuridici, alla sua volta ispirato dall'ossessione dei tribonianismi!

[2]) *Études* cit. p. 255 sgg.

l'azione per la differenza, per il residuo, son quelle che hanno scandalizzato i nostri romanisti, i quali hanno creduto di ascoltare in esse come un' eco del precetto giustinianeo, che nel concorso un' azione debba estinguere l' altra fino alla reale misura del concorso e rimanere in vita per il di più. Ma è un' illusione dell' orecchio. Tutto dipende dall'ammettere la restitutio in integrum contro la consumazione processuale; perchè, una volta restituita al creditore l' azione contro il venditore, senza che oltre la rescissione occorra nessun' altra modificazione nella formula, il giudice, cui l' intentio affida la missione di ricercare quanto dovrebbe lo schiavo, se fosse una persona libera, in base al negozio da lui concluso, deve ridurre l'ammontare del debito di una somma pari a quella già pagata dal compratore. È infatti principio certissimo di diritto che il pagamento, anche se compiuto da un terzo, estingue l'obbligazione, quando il terzo paga con l' intenzione di liberare il debitore [1]).

Ha dunque ragione l' Erman di affermare che tanto il contenuto quanto la forma della l. 47 § 3 possono essere benissimo classici [2]). Unico punto discutibile, per questa come per le altre leggi, poteva

[1]) Arg. l. 1 § 24 D. 14. 1:

ULPIANUS, *l. 28 ad edictum:* « Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest. Sed si quid sit solutum, si quidem a magistro, ipso iure minuitur obligatio: sed et si ab exercitore, sive suo nomine. [id est propter honorariam obligationem Trib.? cfr. PEROZZI, *Obbligazioni romane*, p. 140], sive magistri nomine solverit, minuetur obligatio, quoniam et alius pro me solvendo me liberat ».

In entrambi i casi la diminuzione dell' obbligazione ha luogo « ipso iure », benchè quest'espressione non sia ripetuta dinanzi a « minuetur obligatio » (ed erra DIETZEL, *Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts*, II, p. 434 sgg. ritenendo il contrario). Nell' ipotesi di cui ci occupiamo il compratore paga per liberare sè stesso, e implicitamente lo schiavo; « solvit in plures causas », come direbbe la l. 38 § 2 D. 46. 3.

Per non aver badato a ciò che io dico nel testo, il KNIEP, *Die Mora des Schuldners*, I, p. 244, è uscito nell' affermazione che la formula restituita debba portare un' aggiunta restrittiva; altrimenti il convenuto non potrebbe detrarre ciò che già è stato pagato, perchè, secondo l' avviso manifestamente erroneo del Kniep, si tratterebbe di un' obbligazione nuovamente nata, che non ha potuto esser presa in considerazione nel pagamento anteriore.

[2]) L' ERMAN, *Zeitschrift d. Savigny Stiftung f. Rechtsgesch.* 20, p. 246, dice anche egregiamente: « Zu einer so raffinirten dogmengeschichtlichen Fälschung waren die Byzantiner weder aufgelegt, noch fähig! ».

tutt' al più essere la classicità della restitutio in integrum. Che questo punto non sia stato studiato con piena conoscenza del materiale che le fonti offrivano anche prima della scoperta del Lenel, io ho già rilevato altre volte; ora poi il ricuperato frammento delle Disputationes ha fatto sparire ogni dubbio.

12. Dalla possibilità di un secondo giudizio, quando il creditore non è stato soddisfatto interamente col primo, nasce una questione sottile: e ciò non soltanto nel caso che siano convenuti successivamente il venditore e il compratore, ma anche nel caso, supposto dalla l. 32 pr. D. 15. 1 [1]), che il creditore si rivolga successivamente contro due usufruttuarii o possessori di buona fede dello schiavo.

« Rescisso superiore iudicio in alterum datur actio », ma in questo secondo giudizio si terrà conto degli aumenti e diminuzioni, che il peculio abbia subìto nell' intervallo, ovvero, per valutare lo stato del peculio, ci si dovrà riportare al tempo del primo giudizio? La questione sorge, perchè il secondo giudizio formalmente è un ripristinamento del primo.

Si finge che la lite contro il primo usufruttuario non sia avvenuta, e la si rinnova contro il secondo. Qualcuno può aver pensato che il giudice del secondo processo, invitato a condannare come se l'azione fosse promossa per la prima volta, dovesse appunto indagare a quanto sarebbe ascesa la condanna, se l' attuale convenuto fosse stato effettivamente il primo, cioè se il processo contro di lui si fosse svolto nel tempo, in cui ebbe luogo il processo, che fu veramente il primo.

A questo dubbio, che non è nient' affatto assurdo [2]), risponde la l. 32 § 1 D. 15. 1 [3]):

> ULPIANUS *l. 2 disputationum*: « In hoc autem iudicio licet restauretur praecedens, tamen et augmenti et decessionis ratio-

[1]) ULPIANUS, *l. 2 disputationum:* « ... Si plures sint fructuarii vel bonae fidei possessores, unus conventus ceteros liberat, quamvis non maioris peculii, quam penes se est, condemnari debeat. Sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur, ut magis eos perceptio quam intentio liberet ».

[2]) Questo è tutto ciò che io posso concedere. Invece a me sembra che manchi

[3]) Vedi nota 3 a pag. 51.

nem haberi oportet, et ideo sive hodie nihil sit in peculio sive accesserit aliquid, praesens status peculii spectandus est. Quare [1]) circa venditorem quoque et emptorem hoc nobis videtur verius, quod accessit peculio posse nos ab emptore consequi, nec retrorsus velut in uno iudicio ad id tempus conventionem reducere emptoris, quo venditor conventus sit».

È da valutare il peculio nello stato in cui si trova al momento della seconda condanna: lo stesso principio si osserva anche nel caso

ogni ragione per credere, come fa l'ERMAN, *Zeitschr. der Savigny Stiftung f. Rechtsgesch.* 20, p. 246, che Proculo abbia adottato il computo opposto a quello che si asserisce accolto per opera di Triboniano nella l. 32 § 1 D. 15. 1 (il FERRINI, *Archivio giur.* 64, p. 85, n. 1; *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 21, p. 195, n. 1, ammette invece che la prima parte del § 1 possa essere genuina, sebbene non si riesca a determinarne la connessione col pr. e col resto del frammento).

A torto si afferma che l'opinione, per cui nel secondo processo non si deve guardare alla consistenza che aveva il peculio al tempo del primo processo, contraddica alla teoria di Paolo, che il capocasa non è tenuto « de futuro incremento peculii » (l. 47 § 2 D. 15. 1). Il pater familias non era obbligato a dar cauzione per gli aumenti che il peculio potesse ricevere dopo la sua condanna; ma nel caso di cui ci occupiamo il compratore non è stato ancora condannato, e la regola, anche per Paolo, è che si valuti il peculio nello stato in cui si trova al momento della sentenza.

Se qui si debba ammettere un'eccezione, dipenderà dalla portata che si crede di dover attribuire al fatto della restaurazione d'un vecchio giudizio con un convenuto nuovo; e Paolo avrebbe potuto respingere la tesi combattuta dalla l. 32 § 1, senza che alcuno potesse tacciarlo di inconseguenza. Altrettanto è da dire di Proculo: non perchè egli ammette là rescissione nella l. 47 § 3, si può inferirne che al suo modo di vedere corrisponda soltanto il concetto di riferirsi al momento del primo processo, per la stima del peculio nel nuovo giudizio. Questa illazione diverrebbe necessaria, quando noi sapessimo che alla rescissione egli attribuiva l'influenza esorbitante ed ingiusta, da cui deriva il sistema di computo condannato dalla l. 32 § 1. Ma nulla di ciò noi sappiamo.

[2]) Cfr. su di essa KELLER, *Commentatio*, p. 66.

[1]) Sembrava all'ERMAN, *Zeitschrift der Savigny Stiftung f. Rechtsgesch.* 20, p. 243, che questo salto con « quare », dal caso dei « plures fructuarii vel bonae fidei possessores » al caso mai prima menzionato del compratore e del venditore, accennasse anche per il suo contenuto ad una legge riformatrice giustinianea. Nel testo difendo la classicità del contenuto: qui in nota soggiungo che male si parla, a mio avviso, di salto inaspettato. Dopo che Ulpiano ha, per il caso degli usufruttuarii e dei possessori di buona fede, insegnato che nel nuovo giudizio si tien conto degli aumenti e delle diminuzioni, è del tutto naturale, mi sembra, che egli dica doversi applicare lo stesso principio anche al caso del venditore e del compratore. E vegganusi del resto, per ciò che i compilatori possono aver detratto al legame fra la prima e la seconda parte del paragrafo, le considerazioni che io espongo più avanti.

che siasi prima convenuto il venditore, e poi si rinnovi il giudizio col compratore [1]).

C' è però nell' ultima parte del § 1, scrive il Ferrini [2]), un grosso errore, che costituisce la prova più sicura dell' interpolazione: mai nella condanna sull'actio de peculio si guarda al tempo in cui il debitore « conventus est » [3]).

Ed è vero; potrei quindi concedere che si sarebbe dovuto dire: « nec retrorsus velut in uno iudicio ad id tempus *condemnationem* reducere emptoris quo venditor *condemnatus* sit ». Ma se anche ciò fosse, quale conseguenza se ne potrebbe poi derivare?

Che il passo sia stato rimaneggiato dai compilatori, è quasi certo. A loro è dovuta nel pr. la soppressione del « Iulianus ait » (o di altra simile locuzione), che, trasformando la citazione in opinione propria del citante, di tanto mal fu madre per i nostri critici; a loro si deve anche attribuire l' eliminazione delle varie teorie, che Ulpiano probabilmente ricordava intorno alla questione esaminata nel § 1, giacchè l' « hoc nobis videtur verius » [4]) è il linguaggio del legislatore bizantino, che, scegliendo tra le opinioni in contrasto, ne accoglie una, e cancella le altre di cui è inutile conservare la menzione. Ritocchi più o meno larghi di forma il passo li ha dunque subiti, e ne porta evidenti le tracce; ma la sostanza, scampata alle forbici dei compilatori, è classica.

Anche il « convenire », invece del « condemnare », si potrebbe

[1]) Non senza ragione è qui fatta l' ipotesi inversa che nella l. 47 § 3; perchè il peculio del compratore può subire aumenti e diminuzioni per molteplici cause, mentre rispetto ai beni ex-peculiari, che sono rimasti al venditore, si considerano solo quegli aumenti e diminuzioni che avvengono naturalmente (cfr. il mio studio *L'actio de peculio annalis contro gli eredi*, p. 8, n. 17; l'esemplificazione dell' ERMAN, *Études* cit. p. 249, n. 2, è difettosa, perchè appunto non bada che nell'actio annalis non si tien conto degli aumenti e delle diminuzioni che presuppongono l'opera dello schiavo).

[2]) *Archivio*, 64, p. 85; *Zeitschrift d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 21, p. 195, n. 2.

[3]) La questione, ricordata nella l. 30 pr. D. 15. 1, (cfr. anche l. 50 pr. D. eod., l. 7 § 15 D. 42. 4), concerne le condizioni, che devono essersi verificate al momento della litis contestatio, perchè si possa far luogo alla condanna; ma anche i Sabiniani, pur esigendo che il peculio dovesse esistere al momento della contestatio, non hanno mai pensato che il giudice, per determinare il limite della condanna, avesse da stimare l' ammontare del peculio in un tempo diverso da quello nel quale pronuncia la sua sentenza.

[4]) L' impronta giustinianea di questa frase era già stata segnalata col solito acume dal PAMPALONI, *Archivio giuridico*, 55, p. 517.

perciò mettere a carico della fretta e della sbadataggine di Triboniano. Ma io non ho troppa voglia di farlo, perchè nella questione, di cui si occupa il testo, il momento del precedente giudizio, che poteva esser preso in considerazione, non era quello della condanna, bensì l'altro della contestatio litis.

Rappresentiamoci esattamente l'origine e la portata del dubbio risoluto da Ulpiano. Poichè il nuovo giudizio è reso possibile da una restitutio in integrum, le cose devono essere rimesse nel pristino stato, e perciò nel secondo giudizio, assumevano gli avversarii di Ulpiano, deve procedersi come se fosse il primo; il compratore deve essere condannato a tanto, a quanto sarebbe stato condannato, se si fosse agito contro di lui nel tempo in cui fu promosso il giudizio contro il venditore. Dovrà dunque essere condannato nell'ammontare del peculio, quale era al momento in cui fu pronunciata la condanna contro il venditore?

Ma questo momento è puramente casuale, è ben lungi dal costituire un punto fisso nel processo; la lite avrebbe potuto essere contestata col compratore nello stesso istante in cui lo fu col venditore, e tuttavia la condanna dell'uno seguire in un momento diverso da quella dell'altro. Di guisa che non c'è nessuna ragione logica che possa consigliare di prendere il momento della condanna del venditore come punto di partenza per la condanna del compratore.

Si può, e secondo noi si deve, respingere la teoria combattuta da Ulpiano; ma chi l'accetta, deve necessariamente fondarsi sul momento della contestazione della lite. La teoria è così collegata: la restitutio rescinde gli effetti della contestatio litis, essa rimette le parti nello stato in cui si trovavano al momento in cui fu contestata la lite contro il venditore, il processo contro il compratore deve avere ora gli effetti che avrebbe avuto allora. Allora il compratore sarebbe stato condannato nella misura del peculio esistente in quel tempo; a questa misura deve essere ridotta la condanna attuale.

Si sa bene che tra la contestatio litis e la condanna, anche per il compratore, sarebbe passato un certo tempo; ma non si può prendere come termine per la valutazione del peculio la data eventuale della condanna del compratore, perchè questa è indeterminabile, e non si può prendere la data della condanna del venditore, perchè sarebbe rispetto al compratore meramente arbitraria.

La restitutio in integrum elimina la prima contestatio litis, e vi sostituisce la seconda: ecco un punto sicuro, che può servire d'appoggio. Ma la teoria confutata da Ulpiano non poteva scegliere un altro momento, come sarebbe la condemnatio del venditore, dipendente da chi sa quali circostanze, senza parere capricciosa.

A me sembra quindi che il « retrorsus velut in uno iudicio ad id tempus conventionem reducere emptoris, quo venditor conventus sit » formuli molto precisamente il pensiero della dottrina respinta da Ulpiano [1]. Essa voleva riportare la lite contro il compratore, come se fosse la stessa ed unica lite, al tempo in cui si agitò la lite contro il venditore; e per istabilire l'unità del giudizio e l'identità degli effetti non c'è che un momento veramente decisivo, quello della contestatio. Se la teoria avesse trionfato, doveva per necessità logica, dal terreno su cui si era messa e con la tendenza che l'ispirava, venire alla conclusione, che il compratore dovesse essere condannato nella misura del peculio da lui posseduto al momento in cui ebbe luogo la contestatio litis col venditore, ora *ripristinata* col compratore. In questo caso, eccezionalmente, per la stima del peculio il giudice si sarebbe dovuto riferire ad un altro momento, anzichè a quello della condanna.

Se di tale risultato si vuol fare un argomento contro la tesi respinta nella l. 32 § 1, io non ho nulla da obbiettare; ma debbo risolutamente oppormi a che si converta in una prova di pretese interpolazioni, quella, che è soltanto la conseguenza logica e fatale della dottrina rigettata da Ulpiano.

[1] Nondimeno il Geib, *Kritische Vierteljahresschrift f. Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft*, 43, p. 45, mentre dichiara di non consentire nell'opinione che la l. 32 sia interpolata da « sed licet hoc iure contingat » sino alla fine del § 1, e nega che i compilatori abbiano potuto inserire un tal brano compreso dello spirito del processo formulare e redatto nei termini della giurisprudenza classica, eccettua il periodo finale, che anch'egli ritiene sicuramente interpolato (« abgesehen von dem sicher interpolirten Schlusssatz »). Il giudizio ha tanto maggior valore, in quanto chi lo dà seppe lodevolmente resistere alla corrente favorevole all'interpolazione, nel tempo in cui tutti l'ammettevano. Ciò malgrado, io penso che le considerazioni sviluppate nel testo debbano per lo meno ridurre assai la certezza vantata dal Geib. E ad ogni modo voglio osservare che, anche tagliando via il brano finale da « nec retrorsus », o magari, se si preferisce, da « quare circa venditorem », resta la prima parte del § 1; quanto basta per porre in sodo la teoria respinta da Ulpiano, il suo contenuto e il suo fondamento, interessanti per la storia della restitutio in integrum.

13. Ponete ora che il creditore nel giudizio contro il venditore sia stato respinto: lo si dovrà ammettere ad agire contro il compratore?

Si potrebbe rispondere: poichè alla consumazione dell'azione c'è un rimedio, l'esito del processo è indifferente. O che il creditore ottenga un pagamento parziale, o che non riesca a cavar nulla dal venditore insolvibile, o che addirittura perda la lite, la rescissione dovrebbe essergli accordata in ogni caso.

Il quesito è risoluto da Ulpiano nella l. 30 § 5 D. 15. 1 [1]) in diverso modo, secondo che la soccombenza dell' attore sia causata dall' annua exceptio o da un'altra eccezione. Se il venditore fu assolto, perchè era trascorso un anno dal dì della vendita, il creditore avrà restituita l'azione contro il compratore; ma se egli fu respinto, perchè il giudice riconobbe fondata un' altra eccezione, potrà ripetere dal compratore ciò che rimane « deducta ea quantitate quam a venditore consequi potuisset ».

Concede il Lusignani [2]) che la prima parte del nostro frammento si possa spiegare senza sforzo soverchio, supponendo che si tratti di un caso di restitutio propter errorem. E di una restitutio si tratta certamente, ed è pure probabile che per errore l' attore abbia convenuto il venditore dopo l' anno; ma la spiegazione del Lusignani non risponde al problema, che si pone per questa legge, come per la l. 47 § 3 e per molte altre sulla consunzione dell' actio de peculio, da quale fonte cioè derivi la restitutio in integrum qui ammessa, una volta che l' editto non contempla l' errore come causa generale di restituzione. Se la nostra ignoranza del fondamento edittale di questa restituzione era una ragione negli altri passi per sospettare l' interpolazione, avrebbe dovuto esserlo anche nella prima parte della l. 30 § 5.

Più interessante è la seconda parte. Il Lusignani [3]) l'attribuisce ai compilatori, i quali avrebbero interpolato il testo per metterlo in

[1]) ULPIANUS, *l. 29 ad edictum:* « Si annua exceptione sit repulsus a venditore creditor, subveniri ei adversus emptorem debet; sed si alia exceptione, hactenus subveniri, ut deducta ea quantitate, quam a venditore consequi potuisset, ab emptore residuum consequatur ».

[2]) Op. cit. p. 20.

[3]) Cfr. anche BONFANTE, *Istituzioni*, p. 126, n. 1. Più moderati, il FERRINI, *Archivio giur.* 64, p. 86 e l' ERMAN, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 20, p. 247, non sopprimono tutta la seconda parte del frammento, ma al testo genuino riven-

armonia con mutati principii di diritto. È da supporre che si voglia alludere alla solita norma di diritto giustinianeo sul concorso delle azioni; peraltro questa potrà spiegare perchè il creditore sia autorizzato a chiedere soltanto il residuo, ma non può giustificare neppure per diritto giustinianeo la distinzione fra l'una o l'altra exceptio, con cui la prima azione sia stata rigettata.

Ci convien dunque battere altra via. Il Lusignani si è anche chiesto, quale mai potrà essere nella nostra materia l'« alia exceptio », che respinga l'attore solo in parte, e lasci poi impregiudicato ogni ulteriore giudizio contro il compratore; e non ha avuto torto a scrivere che nessuno saprebbe indicarla. Infatti il testo non accenna menomamente che l'« alia exceptio » debba stare in una particolare relazione con l'actio de peculio, al pari dell'exceptio annalis; suppone che l'attore sia stato respinto per intero, poichè lo obbliga a dedurre ciò che avrebbe potuto conseguire dal venditore se non fosse rimasto soccombente (in altri termini, l'ammontare del peculio del venditore); ed esclude che dal primo giudizio non sia pregiudicata l'azione contro il compratore, perchè la proponibilità di essa è fatta dipendere da un *subveniri*, cioè da una restitutio in integrum!

Se vogliamo che la distinzione ulpianea apparisca ragionevole, dobbiamo pensare ad un'« alia exceptio », che affetti il rapporto tra creditore e venditore, lasciando intatta l'efficacia del negozio concluso dal servo. Allorchè la reiezione dell'attore è provocata dalla sua condotta verso il venditore, sarebbe iniquo che il compratore dovesse ciò non ostante essere tenuto per l'intero credito.

Ecco un caso: il creditore ha concluso col venditore un pactum de non petendo, in forza del quale l'actio annalis sarà respinta con l'exceptio pacti [1]). Si deve permettere al creditore soccombente di rivolgersi per l'intero credito contro il compratore? Non si venga a

dicano anche le parole « sed si alia exceptione non subveniri » (« subveniri non debet » Erman). Il Ferrini segnala anche l'improprietà di sintassi, che io non vedo, « hactenus... ut ». I lessici mostrano infatti che « hactenus » ha dopo di sè non solo la particella « quatenus », ma anche « ut », « quoad », « quod », « ne », « si », ecc. Cfr. CICERO, *de orat.* II, 27: « Haec artem et praecepta dumtaxat hactenus requirunt, ut certis dicendi luminibus ornentur ».

[1]) Ho scelto ad esempio l'exceptio pacti, ma non è a credere che le considerazioni esposte nel testo non valgano allo stesso modo per tutte le altre eccezioni attinenti al lato subiettivo del rapporto verso il venditore. Se la lite contro costui è perduta per un'exceptio cognitoria o procuratoria apposta all'azione, o per

dire che fin da principio il creditore avrebbe potuto scegliere di agire contro il compratore, il quale sarebbe stato allora costretto a pagare l'intero debito sino a concorrenza del peculio, perchè dopo un primo giudizio la situazione non è più la stessa. L'azione è consumata, e dal pretore si invoca la restitutio. Ora niente di più naturale che in una materia, in cui l'equità regna sovrana, il pretore rifletta che l'ammissione dell'azione contro il compratore, per debiti sorti anteriormente all'acquisto del dominio sullo schiavo, è un favore concesso al creditore, che egli non deve sfruttare a danno del compratore; che non è equo far ricadere su di questo le conseguenze della condotta del creditore, che ha determinato il rigetto dell'azione contro il venditore. E non c'è da sorprendersi che per questi motivi il pretore s'inducesse a negare la restituzione.

Piuttosto si potrebbe pensare che avrebbe dovuto negarla anche nell'ipotesi che l'azione contro il venditore fallisse per essere già decorso il termine; perchè anche in questo caso si potrebbe rimproverare al creditore di non avere agito a tempo. Ma in linea d'equità – ed è solo da questo aspetto che si può apprezzare la distinzione enunciata nella l. 30 § 5 – non mancano ragioni che spiegano il trattamento fatto a quest'eccezione in confronto di tutte le altre. Possono essere tante le circostanze che impediscano al creditore di agire entro l'anno contro il venditore[1]), ed è in questi casi che si sente mag-

l'exceptio litis dividuae o rei residuae, o per l'exceptio iurisiurandi ecc., in ogni caso è equo che l'attore, cui viene restituita l'azione contro il compratore, soffra la deduzione di ciò che avrebbe potuto conseguire dal venditore.

Certo è possibile che l'assoluzione del venditore sia causata da un'eccezione che si riferisca al lato obbiettivo dell'obbligazione, che renda cioè inefficace l'obbligazione stessa del servo (es. l'exceptio metus, l'exceptio doli, se il servo fu indotto ad obbligarsi con la violenza o col dolo; l'exceptio pacti o doli per un patto concluso dal servo, cfr. l. 21 § 1 D. 2. 14). Ed in tal caso sarebbe inutile restituire l'azione contro il compratore, perchè questi opporrebbe vittoriosamente la medesima eccezione. È naturale pertanto che in cosiffatta ipotesi la restituzione non dovesse essere accordata, e si comprende anche perchè Ulpiano non distinguesse, tra le aliae exceptiones, quelle che colpiscono il lato obbiettivo del rapporto obbligatorio da quelle che toccano soltanto il lato subiettivo di fronte al venditore. Infatti, nella prima categoria di eccezioni, o la restituzione verrebbe negata dal pretore, o il compratore convenuto si difenderebbe con la stessa eccezione addotta dal venditore. La deductio, di cui tratta Ulpiano, non poteva quindi ever luogo se non per la seconda classe di eccezioni.

[1]) Perchè non ci si accusi di dimenticare che nell'actio annalis l'anno è utile, avvertiamo che l'opinione da noi seguita è quella giusta la quale l'« annus quo

giormente la necessità dell'azione contro il compratore. Sarebbe strano che il pretore, che l'ha concessa in vista di questi bisogni, che ha permesso l'azione contro il compratore perchè il creditore fosse garantito anche oltre l'anno, come quegli che, contrattando con lo schiavo, ha avuto riguardo non solamente al peculio attuale ma anche al futuro, negasse poi la restituzione, quando l'azione contro il venditore è rigettata in base all'annua exceptio.

In questo modo si giustifica il principio di diritto materiale che risulta dal passo di Ulpiano: il creditore deve ridurre la sua pretesa contro il compratore a ciò che rimane, dopo dedotto il valore del peculio presso il venditore, nella misura del quale sarebbe stato soddisfatto, se non avesse perduto la lite per un'exceptio a cui ha dato causa egli stesso. Ma non sarebbe ancora vinto un forte ostacolo processuale, di fronte al quale dovremmo esitare, se noi non avessimo già mostrato [1]), col sussidio di testi insospettabili ed insospettati, che anche in altri casi si operava una deductio analoga, e non fossimo ora autorizzati a concludere che il mezzo processuale - qualunque esso fosse - adottato in quegli altri casi, doveva servire ugualmente nell'ipotesi della l. 30 § 5.

14. Non voglio abbandonare questo tema della responsabilità del compratore e venditore, se prima non ho detto poche parole sulla l. 43 D. 15. 1:

> Paulus, *l. 30 ad edictum*: « Si posteaquam tecum de peculio egi, ante rem iudicatam servum vendideris, Labeo ait etiam eius peculii nomine, quod apud emptorem quaesierit damnari te debere nec succurrendum tibi [2]): culpa enim tua id accidisse, qui servum vendidisses ».

Il principio sancito da questa legge è chiaro, nè suscita alcuna difficoltà per la teoria della consumazione; ma esso non è meno im-

experiundi potestas fuerit » è utile soltanto *ratione initii*, non *ratione cursus*. Cfr. Girard, *Manuel de droit romain* (3ª ediz.), p. 722.

[1]) Cfr. sopra num. 9, ed il mio scritto *Ius deductionis e condemnatio cum deductione nell'actio de peculio* (estratto dagli Studi in onore di C. Fadda).

[2]) Cfr. Steph. ad l. 43 verb.: *succurrendum* (sch. 176, Zachariae, *Supplem.* p. 227) « Hoc est ad hoc, ut ab emtore petere possit, quod ob peculium apud eum postea acquisitum praestitit ».

portante degli altri che studiammo, sia perchè giunge al risultato di far rispondere il venditore anche del peculio che si trova presso il compratore, sia perchè può in qualche modo confermare le nostre osservazioni a proposito della l. 47 § 3 D. h. t.

La soluzione labeoniana non si può certo tacciare d'iniquità, perchè giustamente avverte Labeone che il venditore avrebbe potuto evitare la condanna anche nel peculio posseduto dal compratore, se non avesse venduto il servo dopo contestata la lite. Ma non sarebbe stata nè illogica nè iniqua neppure la soluzione opposta

Non ostante la vendita dello schiavo dura la lite contestata col venditore, il quale sarà condannato nell'ammontare dell'ex-peculio [1]). Poi il creditore potrà rivolgersi contro il compratore e far valere le sue ragioni anche sul peculio di costui, perchè l'azione gli sarà restituita, secondo l'avviso di Proculo accettato anche da Paolo nella l. 47 § 3. Cosicchè l'attore non è danneggiato, e non è d'altra parte aggravato il venditore, il quale, alienando lo schiavo, ha pure usato d'un suo diritto. S'intende che egli non possa con questo mezzo sottrarsi alla sua responsabilità, come non si libera dall'actio noxalis il domino che venda lo schiavo «post litem contestatam» [2]); ma l'obbligazione del venditore dovrebbe limitarsi al suo peculio, e non abbracciare anche il peculio che il compratore può aver concesso al servo. È anche vero che «summa cum ratione etiam hoc peculio praetor imputavit, quod dolo malo domini factum est, quo minus in peculio esset» [3]); ma non è questo il caso nostro, poichè il domino nè «peculium ademit», nè «intricare peculium in necem creditorum passus est», nè «cum suspicaretur alium secum acturum, alio peculium avertit» [4]), ed infatti Labeone parla solo di «culpa» del venditore [5]).

[1]) Si applicherebbe nè più nè meno che il principio enunciato da Trifonino (l. 8 disputationum) per l'ipotesi che sopravvenga la morte del figlio o del servo: «Si filius vel servus, cuius nomine dumtaxat de peculio actum est, ante finitum iudicium decesserit, id peculium respicietur, quod aliquis eorum cum moriebatur habuit» (l. 57 pr. D. 15. 1).

[2]) Cfr. l. 37 e 38 pr. D. 9. 4.

[3]) L. 21 pr. D. 15. 1. Ed aggiunge il § 2: «sive autem *post iudicium acceptum* sive ante dolo factum sit, continetur officio iudicis».

[4]) Cfr. per l'interpretazione della l. 21 cit. MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 402.

[5]) Di diverso avviso è il PERNICE, *Labeo*, I, p. 382, per cui il pensiero infor-

Nè l'equo riguardo per l'interesse dell'attore, nè alcun principio di diritto s'oppone pertanto a che si adotti un'opinione diversa da quella di Labeone; onde la sua vera giustificazione non può, a mio parere, esser tratta che da ragioni di opportunità e convenienza, come accadeva per la teoria di Proculo. E poichè uno stesso spirito ci sembra che informi entrambe le decisioni, troveremo molto naturale che esse provengano da giuristi della medesima scuola.

La tendenza dei proculeiani è di evitare, per quanto è possibile, il duplice giudizio col compratore e col venditore. Perciò essi si oppongono « re integra » alla divisione delle azioni, salvo a rimediar poi con la rescissione. Per lo stesso motivo, quando l'azione è stata promossa prima della vendita, e il convenuto non può dolersi se la sua obbligazione viene estesa oltre i confini del proprio peculio, perchè ciò dipende dal fatto suo, Labeone stabiliva che nella condanna si computassero entrambi i peculii, acciocchè l'unico giudizio in corso bastasse alla risoluzione definitiva delle pretese dell'attore.

Dal canto suo la formula si prestava benissimo alla soluzione caldeggiata da Labeone, perchè l'ordine di condannare « de peculio » permette di considerare tanto il solo peculio o frazione di peculio che si trova presso il convenuto, quanto tutte le frazioni o tutti i peculii che lo schiavo ha presso i varii interessati, « universum peculium eius ubicumque est »[1]. Su questo punto l'officium iudicis non è coartato dalla formula, ed il giudice può aderire alla teoria labeoniana nel caso della l. 43, come nel caso del condominio po-

matore della decisione sarebbe il principio, che imputa nel peculio anche ciò « quod dolo malo domini factum est quo minus in peculio esset ». Ma, ancorchè si potesse in forza di questo principio comprendere nel peculio quegli acquisti, che lo schiavo avrebbe fatti ugualmente, se fosse rimasto in proprietà del venditore, non si dovrebbero certo considerare come appartenenti al peculio del venditore i beni, che per ipotesi fossero stati assegnati allo schiavo dal nuovo padrone. Eppure la regola dettata da Labeone abbraccia indistintamente tutto il peculio acquistato dal servo presso il compratore.

[1] Ciò è sfuggito al KELLER, *Comment.* p. 107 sgg., la cui interpretazione della l. 43 è pertanto inaccettabile.

Certo è che nella l. 43 ha la sua massima consacrazione il principio dell'unità del peculio (come patrimonio di fatto del servo), che forma la base della teoria della responsabilità dei condomini, del fructuarius e del proprietario, dei compossessori di buona fede. Cfr. MANDRY, *Pec. dupl. iur.* p. 385, BARON, op. cit. p. 77.

;eva pronunciare con Giuliano [1]) la condanna del socius nell' intero peculio [2]).

Mi fermo a ricordare questi concetti elementari, per mettere in evidenza la diversa situazione, che si ha quando il creditore-compratore agisce contro il venditore. Allora al giudice non si pone il còmpito di limitare la condanna al peculio del venditore o di comprendervi anche quello del compratore - la formula normale consente l'una e l'altra alternativa - ma si richiede da lui che detragga il valore del peculio del compratore dal credito domandato in giudizio. E come potrebbe egli farlo, posto che l'intentio della formula lo invita a ricercare ciò che dovrebbe lo schiavo se fosse libero, e non si discute che lo schiavo sia debitore dell'intera somma pretesa dall'attore? È dunque indispensabile modificare la formula, secondo che io ho già sostenuto [3]).

[1]) Cfr. i testi sopra citati nella nota 3 di p. 8.

[2]) Dalle osservazioni e dai passi surricordati esce confermata l'idea del LENEL, *Édit*, I, p. 322, n. 2, che nè l'editto nè la formula dell'actio de peculio menzionavano la condizione che il peculio fosse presso il convenuto (diversamente BARON, op. cit. p. 164 sgg.). Questa condizione figura soltanto nell'actio annalis; se anche nell'actio de peculio ci fosse stato l'ordine di condannare nella misura del peculio « quod penes eum (N. N.) est », non sarebbero potute sorgere nè la teoria che ammette la condanna di ciascun condomino nell'intero peculio (BARON, op. cit. p. 166 ritiene che in questo caso si omettesse la clausola « quod penes eum est »), nè quella di Labeone per l'ipotesi prevista dalla l. 43. Per me è evidente, come per il Lenel, che la subordinazione normale della condanna all'esistenza ed all'ammontare del peculio che si trova nelle mani del convenuto, e il suo allargamento eccezionale ad altri peculii, provengono dall'interpretazione della clausola *de peculio* della condemnatio.

[3]) V. sopra la fine del num. 9 e la mia memoria più volte citata: *Ius deductionis e condemnatio cum deductione nell'actio de peculio*.

II.

Actio de peculio contro usufruttuario e proprietario.

Sommario. — 1. Le obbligazioni del servus fructuarius - Divergenze dei giureconsulti classici circa il modo di regolare la responsabilità dei due aventi diritto sul peculio dello schiavo - L'avviso di Marcello nella l. 19 § 1 D. 15. 1 - Si confuta la tesi del Ferrini che il passo sia interpolato. — 2. La prova decisiva della genuinità ci è fornita dalla l. 50 § 3 D. 15. 1. — 3. È erronea l'interpretazione data dal Cuiacio e dal Fabro alla l. 50 § 3 - L'ipotesi da essa prevista è diversa da quella di cui si occupa la l. 54 D. 17. 1 - Esame delle critiche mosse a quest'ultima legge, ed interpretazione della l. un. Cod. 4. 36 - Si illustra il significato della l. 50 § 3 col richiamo della l. 3 pr. D. 15. 3. — 4. L'actio de peculio contro il possessore di buona fede - La l. 19 § 1 completa l'insegnamento portoci dalla l. 32 pr. - La rescissione della consumazione è stata introdotta da Marcello? — 5. Lo schiavo dotale e l'actio de peculio contro il marito - Si dimostra che anche in questa parte la l. 19 § 1 è genuina. — 6. L'actio de peculio tra usufruttuario e proprietario - Esame della l. 19 § 2 D. 15. 1 - Necessità della deductio peculii. — 7. La corruzione della l. 37 § 3 D. 15. 1, se toglie la possibilità di conciliarne la prima parte con la dottrina altrimenti nota di Giuliano, permette tuttavia di riconoscere che nell'ultima parte essa concede l'actio de peculio all'usufruttuario contro il proprietario, previa deduzione del peculio a lui spettante.

1. Al gruppo dei testi, che abbiamo esaminati nello studio precedente, segue in ordine d'importanza un altro gruppo, che ci porta ad indagare la legittimazione passiva dell'actio de peculio in confronto di un usufruttuario e di un proprietario del medesimo schiavo [1]).

Il servo, su cui esiste un diritto d'usufrutto, può avere, come si esprime la l. 19 § 1 D. 15. 1, un « peculium duplicis iuris ». Egli infatti può acquistare all'usufruttuario o al proprietario secondo l'ori-

[1]) Poco felice è l'esposizione che porge di questo tema KUNTZE, *Servus fructuarius*, p. 42 sgg. nella « Festgabe der Leipziger Juristenfak. für A. Schmidt » 1889.

gine dell'acquisto: « ex re fructuarii » o « ex operis suis » ciò che lo schiavo acquista appartiene all'usufruttuario, « ex re domini » al proprietario. Ciò posto, e lasciando un momento da parte le fonti, per le obbligazioni assunte dallo schiavo si possono immaginare tre regole diverse.

Si potrebbe adottare per esse la stessa norma che vale per gli acquisti fatti dal servo [1]). Se le obbligazioni nascono da una causa per cui acquisterebbe l'usufruttuario, egli solo sarà soggetto all'actio de peculio; altrimenti, sarà tenuto unicamente il proprietario.

Ma si potrebbe anche seguire una regola opposta, e, senza badare alla causa dell'obbligazione, accordare l'azione tanto contro il proprietario quanto contro l'usufruttuario, a scelta del creditore.

Infine qualcuno potrebbe vagheggiare una *media sententia*: nè libertà assoluta al creditore di scegliere il convenuto, nè obbligo rigoroso di rivolgersi esclusivamente contro la persona a cui si riferisce la causa dell'obbligazione.

L'esame delle fonti ci mostrerà che tra i giureconsulti classici vi sono stati fautori di tutte e tre le soluzioni da noi indicate come possibili.

Pomponio (l. 5 ad Sabinum) è recisamente favorevole alla prima:

> « Ex ea causa, ex qua soleret servus fructuarius vel usuarius adquirere, in eum, cuius usus fructus vel usus sit, actio dumtaxat de peculio ceteraeque honorariae dantur, ex reliquis in dominum proprietatis » [2]).

Invece Marcello non guardava alla « causa debiti quod petitur »; l'usufruttuario è tenuto « ex omni contractu », perchè chi contratta col servo « totum servi peculium velut patrimonium intuetur » [3]).

[1]) Cfr. l. 21 sgg. D. 7. 1; l. 10 § 3 D. 41. 1; § 4 I. 2. 9; § 2 I. 3. 28; GAI. II, 91 III, 165; VAT. FRAG. 71 *b* e 72; PAUL. V, 7, 3.

[2]) L. 2 D. 15. 1.

[3]) L. 19 pr. D. 15. 1. — ULPIANUS *l. 29 ad edictum*: « . . . Quae quaestio dilucidius est in fructuario tractata, utrum ex eo demum contractu potest de peculio conveniri, quod ad se pertinet, an ex omni. Et Marcellus etiam fructuarium teneri scribit et ex omni contractu: eum enim qui contrahit totum servi peculium velut patrimonium intuitum . . . ».

Ulpiano ha dunque preso da Marcello il motivo che egli adduce nella l. 32 pr. h. t. per giustificare la restituzione dell'azione contro coloro *qui occasione iuris*

Ma lo stesso giureconsulto concede che per lo meno il creditore possa procedere contro quello a cui non appartiene l'acquisto, dopo che abbia agito contro colui «ad quem res respicit» e non sia stato soddisfatto per intero:

«... Certe illud admittendum omnimodo dicit, ut priore convento, ad quem res respicit, in superfluum is, cui quaesitum non est, conveniatur: quae sententia probabilior est et a Papiniano probatur. Quod et in duobus bonae fidei emptoribus erit dicendum» [1]).

Il Ferrini [2]) ritiene interpolate le parole «certe illud... conveniatur». Come avrebbe potuto Marcello dir *certe (per lo meno)*, allorchè consente non la sola scelta tra le due azioni, ma il loro cumulativo esercizio? Questa seconda opinione non costituisce un temperamento della prima enunciata dal giureconsulto, importa anzi un beneficio maggiore per il creditore.

Ed il Ferrini si apporrebbe al vero, se ormai non sapessimo che dietro la scelta, e la consumazione dell'azione che ne è la conseguenza, sta il rimedio della «restitutio». «Rescisso superiore iudicio in alterum detur actio», ordinava Proculo nei riguardi del compratore e del venditore, e noi abbiamo visto che la l. 47 § 3 D. h. t., la quale ce ne riferisce l'insegnamento, non presenta alcuna traccia d'interpolazione. «Si plures sint fructuarii vel bonae fidei possessores... aequitas dictat iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur, ut magis eos perceptio quam intentio liberet», dispone la l. 32 pr. D. h. t., e dopo la pubblicazione del Lenel è accertato che Ulpiano ammetteva nelle sue *Disputationes* la restituzione dell'azione consunta. Sicchè la seconda sentenza di Marcello, giudicata «probabilior» da Ulpiano e approvata da Papiniano, rappresenta veramente un'opinione

liberantur: «nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius quod ubicumque est veluti patrimonium intuetur». È opportuno notare questo riscontro, non solo perchè la frase, che qui ci appare di conio classico, è contenuta nel brano della l. 32 pr. che finora si credette interpolato, ma anche perchè, come diremo tra breve, è da reputare che Marcello ammettesse, oltre la scelta fra i due convenuti, la rescissione contro la consumazione processuale.

[1]) L. 19 § 1 cit.

[2]) *Archivio giuridico* 64 p. 87 sgg.; *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 21, p. 196 sgg.

più temperata di fronte a quella che lasciava libero il creditore di agire con chi volesse, e gli restituiva poi l'azione contro l'altro debitore, se non fosse stato pagato interamente dal primo.

Il torto del Ferrini è di non avere inteso esattamente il pensiero di Marcello: quando il giureconsulto afferma che l'usufruttuario debba esser tenuto « ex omni contractu », non dice già che egli debba essere l'unico convenuto possibile - una tesi di cui l'esagerazione sarebbe evidente - ma solamente intende di accordare al creditore la facoltà di agire contro l'usufruttuario, qualunque sia la causa del credito, e però non toglie l'azione contro il proprietario. Nel ragionamento di Marcello non si contrappone un'azione semplice ad una duplice, ma l'esperimento liberamente successivo di due azioni a quello delle stesse azioni in un ordine necessario.

Gli altri indizi [1]), che al Ferrini facevano sospettare l'interpolazione, sono ancora più deboli e meno sicuri di quello di cui abbiamo mostrato la poca consistenza. La frase « cui quaesitum non est » è priva delle necessarie correlazioni; ma vuolsi osservare che una certa indeterminatezza è qui giustificata, perchè il « prior conventus ad quem res respicit » può essere tanto l'usufruttuario quanto il proprietario (lo stesso si dica per l'« is cui quaesitum non est »), e la *res*, l'acquisto, può consistere nei rapporti più svariati. Nella nostra lingua si potrebbe dire: « avendo convenuto per primo colui al quale si riferisce un dato rapporto, si agisca per il residuo contro il non interessato nel rapporto »; e non mi pare che il latino sia più oscuro o più contorto di questo italiano, che esprime un pensiero chiarissimo a chiunque ricordi che noi, al pari di Ulpiano nella l. 19 § 1, stiamo discutendo della responsabilità di coloro cui appartiene il peculio di uno schiavo in usufrutto. Del resto io posso anche ammettere che il periodo censurato non sia dei più eleganti, posso anche spingermi

[1]) Non si è pensato di addurre a prova dell'interpolazione la difficoltà in cui spesso si troverà il creditore di decidere contro chi debba promuovere l'azione, o, in altri termini, a quale dei due peculii si riferisca il contratto. Ed è stato bene, perchè la medesima difficoltà esiste anche per la teoria di Pomponio esposta nella l. 2, sulla cui genuinità non s'è ancora elevata l'ombra del sospetto. Ma la difficoltà, cui accenno, è forse più seria (cfr. SALKOWSKI, *Zur Lehre vom Sklavenerwerb*, p. 204, n. 13, la cui interpretazione della l. 19 § 1 non è del resto interamente esatta), che non siano molti dei rilievi coi quali si è preteso di dimostrare l'interpolazione della l. 19 § 1.

fino a supporre che i compilatori abbiano ritoccato il testo, forse per abbreviarlo e cancellare la menzione di altre opinioni riferite nell'originale; ma tutto questo non mi darebbe ancora la prova che la sostanza del passo sia bizantina.

Non credo infine che possa turbarci l'ulteriore considerazione del Ferrini, che la legge parla dapprima soltanto di *convenire*, e non accenna affatto all'esito del processo, poi ad un tratto esce fuori con un *superfluum*. Se il rispetto alla memoria dell'insigne romanista non mi trattenesse, io vorrei avvertire: guardiamoci, mentre andiamo in cerca di bizantinismi nel Corpus iuris, di non commetterne noi alla nostra volta. Perchè a me quella critica del Ferrini pare una sottigliezza eccessiva. Ad uno scrittore italiano che enunciasse questo pensiero: «di due debitori, convenuto il primo, si può agire per il residuo contro il secondo», nessuno obbietterebbe: «tu hai parlato solo di un convenuto, e non ci hai detto che fine abbia fatto la lite, dove sei andato dunque a pescare questo residuo?», perocchè il pensiero è chiaro abbastanza e la censura sarebbe sofistica Ora perchè vorremmo essere più meticolosi e più pedanti con uno scrittore latino?[1])

2. Se non che forse la tela dell'argomentazione ora svolta sarà sembrata più tenue e più rada che non sia necessario per riuscire convincente. Ed a noi occorre la prova decisiva che l'inciso «certe illud admittendum omnimodo dicit, ut priore convento, ad quem res respicit, in superfluum is, cui quaesitum non est, conveniatur» sta bene al suo posto[2]). Crediamo d'averla trovata nella l. 50 § 3 D. 15. 1,

[1]) Il Lusignani, op. cit. p. 27, rileva l'«illud admittendum omnimodo», il «priore convento» - tutte frasi, che, se si fa eccezione per l'«omnimodo», non sono mai state sospettate come giustinianee - e sopratutto non sa capacitarsi che un principio certo di diritto («certe illud admittendum») diventi di punto in bianco una «sententia» che ha una mera autorità teorica! Il Lusignani non ha inteso il significato del «certe»; e poi l'autore della «sententia» non è forse un giureconsulto romano? Decisamente mi sfugge la portata di questa critica.

[2]) Cfr. anche Erman, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 20, p. 247, n. 1: il quale del resto (v. p. 247) ritiene la citazione di Marcello genuina, ed anche sostanzialmente esatta quella di Papiniano, ma vuole che la frase «quae sententia probabilis est et a Papiniano probatur» sia stata sostituita dai compilatori ad una frase di Ulpiano, che suonava disapprovazione. Cfr. Ferrini, *Archivio*, cit. p. 88.

un passo sfuggito all'attenzione del Ferrini e degli altri scrittori che hanno condannato la l. 19 § 1 come tribonianea.

Soppresso il « certe illud rel. », l'opinione, che Papiniano avrebbe approvata, sarebbe stata quella più radicale di Marcello, per cui la causa dell'obbligazione è indifferente, e il creditore è libero di agire prima o poi con l' usufruttuario o col proprietario. E questa teoria sarebbe vera anche per i possessori di buona fede: « quod et in duobus bonae fidei emptoribus erit dicendum ». Ora, neanche a farlo apposta, Papiniano nella l. 50 § 3 [1]) non ammette l'actio de peculio contro il possessore di buona fede, perchè nel caso concreto il rapporto giuridico è tale che l'acquisto avviene a favore del domino [2]).

Io possiedo in buona fede uno schiavo altrui, il quale prende a mutuo da Tizio del denaro, e me lo dà perchè io lo manometta. Contro chi avrà il creditore l'actio de peculio? Contro di me, che ho ricevuto il denaro e manomesso lo schiavo, o contro il proprietario? Papiniano decide, che, quantunque altre volte [3]) la scelta sia rimessa

[1]) PAPINIANUS, l. 9 quaestionum: « Servus alienus, cum bonae fidei serviret mihi, nummos a Titio mutuatos mihi dedit, ut eum manumitterem, et manumisi: creditor quaerebat, quem de peculio conveniret. Dixi, quamquam creditor electionem alias haberet, tamen in proposito dominum esse conveniendum et eum ad exhibendum mecum acturum pecuniae nomine, quae ipsi esset adquisita nec in eam causam alienata, quae pro capite servi facta proponeretur: neque enim admittendum esse distinctionem existimantium, si non manumittam, domini pecuniam esse, manumissione vero secuta videri pecuniam ex re mea quaesitam mihi, quoniam magis propter rem meam, quam ex re mea pecunia mihi daretur ».

[2]) Cfr. l. 43 pr. D. 41. 1.

[3]) Può alludere all' ipotesi di un concorso diverso da quello del possessor bonae fidei e del dominus, per es. di più condomini, di più eredi del compratore e del venditore (cfr. Stefano sch. 8 in ZACHARIAE, *Supplem.*, p. 205); oppure nella stessa ipotesi di un proprietario e di un possessore di buona fede al caso che il negozio si riferisca ad entrambi i peculii (in questo senso Cirillo e Stefano in ZACHARIAE, *Supplem.*, p. 219). Cfr. MANDRY, *Pec. dupl. iur.*, p. 335.

D'altra opinione è il SALKOWSKI, op. cit., p. 125 sgg., p. 204, n. 13, il quale ritiene che il creditore avesse la scelta di agire contro il proprietario o il possessore di buona fede « ex omni contractu », e fosse eccettuato soltanto il mutuo. L'egregio scrittore parte da un' interpretazione della l. 19 § 1, che, a mio parere, è inaccettabile. Egli crede che Papiniano ed Ulpiano abbiano approvata la soluzione di Marcello, per cui usufruttuario (o possessore di buona fede) e proprietario sarebbero tenuti ex omni contractu a scelta del creditore. E dell'inciso « certe illud... conveniatur », che dimostra l' erroneità della sua interpretazione, il Salkowski si sbriga coll'osservare che, dicendosi « priore convento ad quem res respicit », non si afferma mica che colui « ad quem res respicit » *dovesse* anche essere

all'arbitrio del creditore, tuttavia Tizio non avrà azione che contro il domino, perchè è questi che è divenuto proprietario del denaro mutuato e che ha contro di me l'actio ad exhibendum per farselo restituire. Poichè il denaro non proviene nè dalle opere del servo, nè ex re mea, esso appartiene al domino; nè ha potuto esserne trasferita a me la proprietà per ciò che il servo me l'ha dato in corrispettivo della sua liberazione. Alcuni volevano bensì distinguere secondo che la manomissione fosse avvenuta o meno, e ritenevano nel primo caso che io avessi acquistato il denaro « ex re mea », evidentemente perchè io ho rinunciato in cambio al possesso di buona fede sullo schiavo. Ma Papiniano rigetta la distinzione: è verissimo che il denaro mi è stato dato come corrispettivo della manomissione, « propter rem meam », ma io non l'ho « ex re mea » [1]). Adunque il giureconsulto esclude che si possa convenire per una determinata causa debendi altra persona all'infuori di quella cui spetta il rapporto. E però noi non possiamo immaginarcelo che o seguace della dottrina di Pomponio o aderente alla seconda opinione enunciata da Marcello; invece i sostenitori dell'interpolazione farebbero da Papiniano approvare la prima opinione di Marcello, con la quale la l. 50 § 3 è in aperto contrasto.

3. È troppa l'importanza che annettiamo al significato della l. 50 § 3 per l'esegesi della l. 19 § 1, sì che l'indugiare intorno ad essa abbia bisogno di scusa. Temeremmo altrimenti che si invocasse

convenuto per primo! Evidentemente il Salkowski non ha avvertito il rapporto che passa tra la seconda opinione di Marcello e quella di Pomponio; diversamente avrebbe compreso che il « priore convento » ha proprio il significato da lui escluso. Di più il romanista tedesco non si è occupato di spiegare le ragioni, che avrebbero fatto accogliere una norma speciale per il mutuo, mentre queste ragioni sono tutt'altro che palesi. L'obbiezione rivolta al Mandry, che sia un evidente arbitrio intendere le parole « quamquam creditor electionem alias haberet » nel senso che per primo debba essere convenuto il dominus, è affatto immeritata; perchè il Mandry dà a quelle parole lo stesso significato che loro attribuisce il Salkowski, e la discrepanza fra i due giuristi riguarda unicamente la determinazione dell'*alias*. Salkowski vuole che il creditore abbia la scelta del convenuto *in ogni altro caso* (fuorchè nella fattispecie contemplata dalla l. 50 § 3); Mandry, ed io convengo con lui, ritiene che la scelta competa *in (alcuni) altri casi*.

[1]) Non è còmpito nostro occuparci ora delle critiche del SALKOWSKI, op. cit., p. 129, contro la motivazione papinianea, tanto più che lo stesso autore riconosce l'esattezza della decisione, ed è questa che importa ai fini del nostro studio.

l'autorità dei vecchi interpreti, a fine di negare quel rapporto tra le due leggi che noi abbiamo messo in luce. Cuiacio [1]) e Fabro [2]) hanno infatti voluto spiegare l'esclusione dell'actio de peculio contro il possessore di buona fede per mezzo della l. 54 D. 17. 1 [3]).

Non si dà azione contro il possessore, perchè lo schiavo tendeva a sottrarsi dal suo potere; c'è azione contro il domino, perchè lo schiavo non aveva intenzione di liberarsi da un potere di cui ignorava l'esistenza.

Ma quei due grandi giuristi non hanno avvertito la differenza che passa tra il caso risoluto da Papiniano nel libro 9 e quello da lui studiato nel libro 27 delle sue *Quaestiones*. Il contratto di mutuo concluso dal servo è pienamente valido: si tratta soltanto di stabilire contro chi debba essere intentata la condictio, se contro il proprietario o il possessore di buona fede, per il che è decisiva la circostanza se l'uno o l'altro abbia acquistata la proprietà del denaro mutuato. Invece il mandato di riscattarlo conferito dal servo è nullo, evidentemente perchè manca l'interesse del domino, alla cui persona si deve aver riguardo ogni qual volta si tratti di valutare l'efficacia giuridica del negozio concluso dal servo [4]).

Le sorti della l. 54 sono dunque per noi indifferenti, giacchè l'ipotesi di cui ci occupiamo è del tutto diversa. Nondimeno non sarà inutile vedere il giudizio che ne fa la critica più recente. Non ostante che in principio il mandato sia nullo, la l. 54 ammette che il domino possa agire con l'actio mandati diretta, se il mandato ebbe per fine la manomissione del servo, ed il compratore non l'adempia: Papiniano terrebbe conto della « ratio affectus », che il padrone può avere alla manomissione dello schiavo, eventualmente suo figlio o fratello na-

[1]) *In lib. IX Quaest. Pap.* ad h. l. (*Opera* Neap. IV, 203).

[2]) *Rationalia* ad h. l.

[3]) PAPINIANUS, *l. 27 quaestionum*: « Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agetur: finge filium naturalem vel fratrem esse (placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam). Quod si de suis nummis emptor pretium dederit (neque enim aliter iudicio venditi liberari potest), quaeri solet, an utiliter de peculio agere possit. Et verius et utilius videtur praetorem de huiusmodi contractibus servorum non cogitasse, quo se ipsi mala ratione dominis auferrent ».

[4]) Cfr. l. un. C. 4. 36.

turale. Ma da varie parti si elevano forti sospetti contro la genuinità del testo.

Il Pernice [1]) attribuisce ai compilatori l'inciso « placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam », perchè esso contraddice ad altre decisioni dei classici e non è una congrua motivazione della risoluzione contenuta nel frammento. Una interpolazione ancora più estesa ammette il Costa [2]), il quale la fa cominciare dalla parola « finge » in poi: l'aggiunta dei compilatori sarebbe tradita dalla sua logica inutilità, e dall'impedimento che di più essa frappone insolitamente alla rapidità del pensiero e della forma papinianei, e dall'espressione « placuit prudentioribus » che trovasi altrimenti disusata presso Papiniano, ed ha uno spiccato colore giustinianeo.

Non sarei alieno dall'accogliere queste conclusioni del Pernice e del Costa, benchè non tutte le osservazioni surriferite mi sembrino fondate. Pare esagerato qualificare addirittura come inutili gli esempi, che il giureconsulto adduce, di quell'affetto che legittima l'actio mandati da parte del dominus [3]); il « placuit » è poi dello stile di Papiniano [4]), e se nei suoi scritti non occorre mai più il termine « pru-

[1]) *Labeo* III, 1, p. 185 sgg.

[2]) *Papiniano* II, p. 89.

[3]) Gli stessi esempi tornano nella l. 19 D. 40. 1. PAPINIANUS *l. 30 quaestionum*: « Si quis ab alio nummos acceperit, ut servum suum manumittat, etiam ab invito libertas extorqueri potest, licet plerumque pecunia eius numerata sit, maxime si frater vel pater naturalis pecuniam dedit: videbitur enim similis ei qui suis nummis redemptus est ».

[4]) Diamo qui l'elenco dei passi papinianei, in cui è usato il *placuit*, adempiendo la promessa fatta più sopra (v. *Bullettino* XVII, p. 217, n. 3): D. 45. 1. 124 (l. 2 definitionum); 50. 1. 11 § 1 (l. 2 quaest.); 50. 2. 5 (l. 2 quaest.); 3. 2. 25 pr. (l. 2 quaest.); 26. 7. 37 § 1 (l. 11 quaest.); 46. 6. 12 (l. 12 quaest.): 31. 66 pr. e § 6 (l. 17 quaest.); 29. 7. 11 (l. 19 quaest.); 31. 69 pr. e § 2 (l. 19 quaest.); 35. 2. 9 pr. (l. 19 quaest.); 40. 5. 21 (l. 19 quaest.); 36. 1. 57 § 2 (l. 20 quaest.); 40. 7. 34 pr. e § 1 (l. 21 quaest.); 41. 3. 44 pr. (l. 23 quaest.); 43. 16. 18 § 1 (l. 26 quaest.); 18. 7. 6 pr. (l. 27 quaest.); 36. 3. 5 § 1 (l. 28 quaest.); 46. 8. 1 (l. 28 quaest.); 45. 1. 120 (l. 37 quaest.); 35. 2. 13 (l. 37 quaest.); 50. 1. 15 pr. (l. 1. resp); 50. 1. 17 § 9 (l. 1 resp.); 50. 5. 8 § 1 e 4 (l. 1 resp.); 50. 8. 4 (l. 1 resp.); 40. 10. 1 § 1 (l. 1 resp.); Vat. 331 (l. 2 resp.); 27. 3. 20 pr. (l. 2 resp.); 50. 16. 219 (l. 2 resp.); 27. 7. 7 (l. 3 resp); 5. 1. 45 pr. (l. 3 resp.); Vat. 6 (l. 3 resp.: due volte); Vat. 10. 14. 15 (l. 3 resp.); 49. 14. 36 (l. 3 resp.); 23. 5. 15 (l. 3 resp.); 23. 3. 69 § 2. 4. 7 (l. 4 resp.); 24. 3. 42 § 1 (l. 4 resp.); 26. 9. 5 § 1 (l. 5 resp.); 26. 7. 39 § 11 (l. 5 resp.); 27. 1. 28 § 1 (l. 5 resp.); 27. 1. 30 § 1 (l. 5 resp.); 37. 7. 6 (l. 6 resp.); 29. 1. 27 (l. 6 resp.); 29. 1. 36 § 3 (l. 6 resp.); 40. 4. 49 (l. 6 resp.); 38. 8. 9 § 1 (l. 6 resp.); 38. 9. 2 (l. 6 resp.); 28. 5. 79 § 2

dentioribus », è anche vero che non si trova neppure nei testi giustinianei. Invece dubito forte che si possa consentire nell'opinione più radicale del Ferrini e del Marchi, secondo cui il frammento sarebbe stato alterato anche sul punto relativo alla concessione dell'actio mandati.

Il primo [1]) si sbarazza della l. 54 molto a buon mercato col dichiararla totalmente interpolata. Il secondo [2]) rileva che i bizantini abusano della parola « ratio » [3]), che, come aveva già notato il Ferrini, un giureconsulto classico avrebbe detto « aget » invece di « agetur », accordando il verbo col soggetto « dominus », ed avrebbe espresso il soggetto che deve reggere l'altro verbo « manumiserit ». Queste considerazioni acquisterebbero poi un peso decisivo, secondo il Marchi, se si tiene presente che il frammento in esame, sempre per quanto concerne la concessione dell'actio mandati, trovasi in contraddizione con la costituzione di Diocleziano e Massimiano in Cod. 4. 36, benchè la costituzione stessa ricordi in più punti assai da vicino la *quaestio* papinianea, della quale ci stiamo occupando.

(l. 6 resp.); 28. 6. 41 § 3. 7. 8 (l. 6 resp.); 31. 75 § 1 (l. 6 resp.); 29. 2. 86 § 2 (l. 6 resp.); 29. 5. 21 pr. e § 1 (l. 6 resp.); 31. 76 pr. e § 3 (l. 7 resp.); 32. 91 § 2 (l. 7 resp.); 33. 2. 24 pr. (l. 7 resp.); 33. 7. 2 pr. (l. 7 resp.); 34. 1. 8 (l. 7 resp.); 34. 4. 23 (l. 7 resp.); 35. 1. 77 § 3 (l. 7 resp.): 36. 1. 58 (l. 7 resp.); 34. 9. 16 § 1 e 2 (l. 8 resp.); 10. 2. 34 (l. 8 resp.); 31. 77 § 1. 2. 4. 5. 7. 13. 14. 33 (l. 8 resp.); 33. 1. 10 pr. (l. 8 resp.): 33. 7. 3 pr. (l. 8 resp.); 35. 1. 93 (l. 8 resp.); 34. 1. 10 pr. (l. 9 resp.); Paris. 2 (l. 9 resp.); 40. 4. 50 pr. (l. 9 resp.); 40. 5. 23 § 3 (l. 9 resp.); 17. 1. 57 (l. 10 resp.); 29. 2. 87 § 1 (l. 10 resp.); 49. 14. 37 (l. 10 resp.); 2. 14. 8 (l. 10 resp.); 42. 1. 40 (l. 10 resp.); 20. 1. 1 § 2 (l. 11 resp.); 20. 1. 1 § 3 (l. 11 resp.: due volte); 20. 4. 3 pr. (l. 11 resp.); 44. 2. 29 pr. (l. 11 resp.); 46. 3. 96 § 2 (l. 11 resp.); 46. 3. 96 § 3 (l. 11 resp.: ma l'inciso in cui si trova è forse un glossema; cfr. LENEL, *Paling*. I, p. 934, n. 1); 37. 7. 8 (l. 11 resp.); Vat. 251, 261, 263, 294 (l. 12 resp.); 16. 2. 20 (l. 13 resp.); 40. 4. 51 § 1 (l. 14 resp.); 48. 18. 17 pr. (l. 16 resp.); 2. 14. 42 (l. 17 resp.); 49. 17. 16 pr. (l. 19 resp.); 49. 1. 23 § 3 (l. 19 resp.).

Nulla toglie all'imponente dimostrazione costituita da un così lungo elenco di testi, la circostanza che in taluno di essi la frase col « placuit » possa essere interpolata. Cfr. infatti per D. 46. 6. 12 BINDER, *Korrealobligationen*, p. 340, e per D. 26. 7. 39 § 11 lo stesso autore, p. 341, senza pregiudizio di altri esempi che si potrebbero forse addurre.

Sull'uso del « placuit » nei giureconsulti classici v. ciò che ho già avuto occasione di osservare sopra (p. 14, n. 3).

[1]) *Pandette*, p. 526, n. 1.

[2]) *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, p. 60 sgg. (dell'estratto).

[3]) Ma « ratio » si trova anche negli scrittori classici; cfr. p. es. di Papiniano D. 18. 7. 7; 31. 69 § 2; 18. 7. 6 pr. ecc. Anzi il fr. 7 citato ci porge una *affectionis ratio* che è degna di figurare accanto all'*affectus ratio* del fr. 54.

Gli imperatori [1]) statuiscono che, se l'ancella non fu manomessa, il venditore non può esperire ad un tempo l'actio venditi e l'actio mandati, mentre la l. 54 ammette il concorso delle due azioni.

Temo che il Marchi non abbia dato il giusto valore al contenuto della costituzione, nella quale, per verità, le ragioni addotte non contribuiscono troppo a chiarire le decisioni che vi sono accolte. Se si riflette che la validità della vendita conclusa tra il domino e l'estraneo è incontestabile ed indipendente dall'efficacia del mandato rilasciato dal servo, e che alla validità del mandato si riferiscono i dubbi enunciati nel principio, « quamvis nec ex persona servi... nec ex domini... consistere credebatur actio », si sarebbe forse autorizzati a credere che anche la decisione ivi contenuta, « domino quaeri placuit obligationem », si applichi al mandato. Gli imperatori avrebbero finito, non ostante tutti i dubbi in proposito, col riconoscere l'efficacia del mandato. Ma che cosa dovremmo allora pensare di una simile costruzione, per cui l'actio mandati non nascerebbe « ex ipso mandato, sed propter mandatum ex alio contractu »?

Si potrebbe ritenere che con queste parole si sia voluta affermare la validità della vendita, sebbene il compratore l'abbia conclusa in seguito al mandato ricevuto dal servo. Ma questa interpretazione, se evita l'obbiezione ora indicata, e se si accorda con la decisione del § 1, legato al pr. da un *itaque*, e in cui si nega la liberazione del compratore che abbia dato in pagamento « nummi peculiares », non raggiunge l'intento di attribuire agli imperatori del basso impero un ragionamento giuridico incensurabile.

Ed essa trova alla sua volta un forte ostacolo nel seguito della costituzione, donde risulta che gli imperatori non rifiutavano l'actio

[1]) IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. AURELIAE DIONYSIAE: « Si extero servus se mandaverit emendum, quamvis nec ex persona servi (quia hoc *nisi* liber mandare non potest) nec ex domini (quoniam qui mandat, ut a se res comparetur, inutiliter mandat) consistere credebatur actio, tamen optima ratione, quia non id agitur, ut ex ipso mandato, sed propter mandatum ex alio contractu nascatur actio, domino quaeri placuit obligationem. (§ 1) Si itaque domino ignorante emi te mandasti ac te nummos subministrante peculiares soluti sunt, emptori minime liberatio per huiusmodi factum potuit pervenire. Nec tamen si tradita nec manumissa es, etiam mandati de ancilla et empti de pretio consequendo tam contrarias actiones ei exercere concedi placuit. (§ 2) Sane in illius arbitrio relictum est, utrumne mancipium an pretium consequi velit, cum ex peculio quod eius fuit solutio celebrata obligationis vinculo emptorem liberare non potuit ».

mandati, ma escludevano soltanto che potesse cumularsi con l'actio venditi. Infatti il § 2 al venditore, che sia stato pagato con « nummi peculiares », nel qual caso l'obbligazione non è estinta, lascia la facoltà di chiedere o il pagamento del prezzo o la restituzione della schiava; ed a questa decisione del § 2 si collega immediatamente l'affermazione del § 1 che sono incompatibili l'actio venditi de pretio e l'actio mandati de ancilla. Il contesto mostra dunque, con tutta la chiarezza desiderabile, che gli imperatori non vogliono negare il concorso dell'actio venditi, diretta ad ottenere il prezzo, con l'actio mandati, che ha per fine di costringere il compratore alla manomissione. E perchè d'altronde queste azioni si direbbero « tam contrariae »? Che sia contraddittorio esigere il prezzo e voler riprendere l'ancella, è evidente [1]; ma la pretesa che sia eseguito il mandato si concilia benissimo con la richiesta del prezzo.

Bisognerà dunque tornare alla spiegazione che fu proposta per la prima, e cioè che il principio della costituzione riconosce l'efficacia del mandato? Certo è che il seguito parla dell'actio mandati come di un'azione proponibile validamente.

E, si noti, proponibile per un fine, che non è proprio quello del mandato, cioè la manomissione del servo. Il mandato permette qui di ottenere un risultato che coi puri principii della vendita non si sarebbe potuto conseguire. L'inadempienza dell'altra parte non dà il diritto di risolvere il contratto e di ripetere la cosa venduta [2]). Se la

[1]) Cfr. Cuiacii, *Notae in lib. IV Cod.* (*Opera* X, p. 651): « *contrarias actiones*, nam repugnat rei emptae pretium praestare, et rem emptam restituere ».

[2]) Cfr. l. 8 e 9 C. 4. 38 e l. 14 C. 4. 44, tutte di Diocleziano e Massimiano; e veggansi pure la l. 12 C. 3. 32 e le l. 6 e 12 C. 4. 49 degli stessi imperatori. Nella prima delle costituzioni citate, in cui si nega la rei vindicatio della cosa venduta, sebbene non ne sia stato pagato il prezzo, bisogna supporre che vi sia stata « satisfactio » o affidamento nel compratore; altrimenti non sarebbe passata la proprietà (cfr. § 41 I. 2, 1; l. 19 D. 18. 1; l. 38 § 2 D. 40. 12).

Non può sfuggire a nessuno la coincidenza di questi rescritti della fine del III secolo che respingono la pretesa dei postulanti (nella l. 9 e nella l. 14 essi sono milites), i quali vorrebbero trattare la vendita come nulla per l'inadempienza dell'altra parte, col fatto che il diritto greco ammette, a quanto pare, la condizione risolutiva tacita del nostro diritto civile (cfr. Beauchet, *Histoire du droit privé de la republique athénienne*, 4 p. 412 sgg.).

Nel caso di Aurelia Dionisia peraltro era intervenuto il mandato, e, non essendo stato pagato il prezzo della vendita, il venditore potrà con l'actio mandati ottenere che gli sia restituita l'ancella, mentre a questo effetto non avrebbe po-

nostra costituzione ammette il venditore a chiedere la restituzione dell'ancella, ciò è in tanto possibile in quanto è intervenuto il mandato. In un certo senso si può ripetere ciò che dicono Diocleziano e Massimiano, che l'azione nasce « ex alio contractu (l'emptio venditio) propter mandatum ».

Senza presumere di avere con queste osservazioni risolto tutti i dubbi che affaticano l'esegesi della costituzione dioclezianea,[1]) mi basta di aver dimostrato che essa non fornisce alcun argomento a sostegno dell'interpolazione della l. 54. Erroneo sembra l'altro riflesso del Marchi, che, se la concessione dell'actio mandati trovasse la sua giustificazione nel riguardo dovuto alla parentela e all'affetto del dominus, non potrebbe Papiniano motivare l'esclusione dell'actio de peculio con ciò che in caso contrario il servo si sottrarrebbe a torto al padrone. Domanda il Marchi: non è forse la cognatio servilis la più giusta delle cause di manomissione? Sarà giustissima finchè si vuole, ma non obbliga il padrone a manomettere, nè autorizza lo schiavo a cercare di sottrarsi al suo dominio contro la volontà e a spese del dominus. Di ciò ci persuaderemo, studiando più da vicino la ragione che ha fatto negare l'actio de peculio contro il dominus.

È appunto il vedere sollevata la questione, e non per la prima volta da Papiniano (« solet quaeri »), se il compratore possa utilmente sperimentare l'actio mandati contraria de peculio, che mi rende esitante ad accettare le conclusioni del Marchi, che pure sotto un certo aspetto si presentano così plausibili. Data la proposizione da cui parte Papiniano, « nullum mandatum est », non mi riesce di pensare che sia potuta sorgere la questione sulla efficacia dell'actio mandati contraria prima che fosse concessa l'actio diretta. Invece s'intende, e bene, il processo logico della giurisprudenza romana, quando si ritenga che sia stata ammessa, sul fondamento della ratio affectus o

tuto servire l'actio empti. « Propter mandatum ex alio contractu nascitur actio », dicono gli imperatori, e intendono che l'inadempienza del compratore nel contratto di vendita in tanto dà diritto a ripetere la cosa venduta in quanto soccorre il mandato.

[1]) Non è dubbia la possibilità di ottenere con l'« actio mandati » la restituzione dell'ancella. Questo risultato contrasta con le forme del processo classico, ma nell'a. 293 il processo « extra ordinem » trionfa, ed è appena di un anno posteriore la costituzione dioclezianea (2 C. 3. 3) che suppone già avvenuta la soppressione dell'« ordo » e compiuta la trasformazione del processo (cfr. GIRARD, *Manuel de droit romain*, 4ª ediz. p. 1066).

per qualsivoglia altro motivo, l'actio mandati diretta in favore del proprietario del servo. Allora nasce la questione se il mandatario (e insieme compratore) abbia alla sua volta l'actio mandati contraria. Poichè si è fatto uno strappo al principio della nullità del mandato in favore del dominus del mandante, può sembrare equo che se ne riconosca la validità anche a danno del dominus e in favore del mandatario. Questi ha comperato il servo secondo il mandato da lui ricevuto, e ne ha pagato il prezzo « de suis nummis », ha dunque incontrato una spesa per l'esecuzione del mandato; dovrebbe poterla ripetere dal domino del mandante con l'actio mandati contraria de peculio.

Eppure Papiniano decide negativamente: « et verius et utilius videtur praetorem de huiusmodi contractibus servorum non cogitasse, quo se ipsi mala ratione dominis auferrent ». Introducendo l'actio de peculio, il pretore non può aver avuto in animo di rendere efficaci contro il padrone anche i negozi diretti a sottrarre lo schiavo dal suo dominio.

Non monta che fosse antico l'uso di accordare la libertà allo schiavo per una somma convenuta, che egli pagava dal peculio [1]), e che tra le fonti, onde traeva il prezzo del riscatto « is qui suis nummis emitur », la l. 4 § 1 D. 40. 1 [2]) annoveri anche il peculio. O che lo schiavo dia egli stesso, o che faccia dare al padrone da un terzo il prezzo del riscatto, in tanto può pagare col suo peculio in quanto il padrone lo sappia e lo approvi. Al contrario nell'ipotesi che il domino venda ad altri lo schiavo per manometterlo, egli mostra palesemente l'intenzione di non volere dismettere senza un indennizzo fuori del peculio la proprietà del servo. E di fronte ad un tale disegno del proprietario sarebbe assurdo [3]) che lo schiavo, possessore di un peculio sufficiente a fare le spese del riscatto, potesse dare a un terzo compiacente il mandatum de redimendo, e questi avesse il diritto di ripetere il denaro sborsato con l'actio mandati de peculio: il padrone insciente e nolente si vedrebbe in ultimo inflitta una alie-

[1]) Cfr. le citazioni in PERNICE, *Labeo* I, p. 124, n. 50.

[2]) Cfr. anche la l. 19 D. eod. vv.: « licet plerumque pecunia eius numerata sit ». Affinchè Papiniano non sia in contraddizione con se stesso (cfr l. 54 cit. vv.: « si de suis nummis emptor pretium dederit, neque enim aliter iudicio venditi liberari potest »), è d'uopo supporre che nella l. 19 non vi sia stato contratto di vendita; ed infatti il terzo dà il denaro perchè lo schiavo sia manomesso dal padrone.

[3]) L'arguta osservazione è del SALKOWSKI, op. cit. p. 127.

nazione gratuita della sua proprietà. L'actio de peculio (annalis) non deve diventare strumento di frodi [1]). Ma la l. 50 § 3 D. 15. 1 si rife-

[1]) E che i servi ricorressero anche a frodi per conseguire la libertà, appare dalla l. 7 pr. D. 4. 3. ULPIANUS *l. 11 ad edictum*: « Et eleganter Pomponius haec verba 'si alia actio non sit' sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem. Hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit [*aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*], et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem; nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere ».

Il passo è noto, come quello che ammette la nullità della vendita il cui consenso sia stato carpito con dolo. E i romanisti si sono affaticati ad eliminare questa testimonianza imbarazzante, con scarso successo, io credo. Infatti il testo è probabilmente interpolato. Basterà osservare che le parole « aut nullam rel. » spezzano in malo modo la giustificazione, che Ulpiano arrecava a sostegno del suo asserto, che non vi fosse discrepanza fra la teoria di Pomponio e la decisione di Giuliano. Egli adduce due ragioni: che il compratore non ha partecipato al dolo, e quindi non compete contro di lui l'azione contrattuale; e che la minore età del venditore non può dar luogo alla restitutio in integrum per la irrevocabilità della libertà. Questi due motivi servono a legittimare la concessione dell'actio doli contro il manomesso, giusta l'interpretazione dell'editto propugnata da Pomponio, e non potevano essere separati da una proposizione, la quale, invece di completare la motivazione, contiene un'altra decisione della fattispecie. Dovrebbe essa applicarsi ad un caso diverso da quello per cui è accordata l'actio doli contro il manomesso; ma il tentativo di differenziare un caso dall'altro è fallito. « Si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est », dice l'interpolatore, e non s'accorge che l'ipotesi è perfettamente identica a quella considerata da Giuliano, « si minor... consilio servi circumscriptus eum vendidit ».

Questi rilievi sono qui fatti per incidente, giacchè la questione esce dal tema delle nostre ricerche; e però non possiamo indugiare nella confutazione degli autori che vogliono spiegare il frammento, considerandolo come genuino. Ricorderemo soltanto che il VANGEROW, *Pandekten*, III, § 605, Anm. 1, vede nella frase « aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est » un'altra causa di esclusione dell'azione contrattuale, e non una nuova decisione. L'actio empti sarebbe inapplicabile, o perchè manca il dolo nel compratore o perchè la vendita è nulla (per errore essenziale provocato dal dolo dello schiavo). Sarebbe tolto così lo sconcio, che a noi fa sospettare l'interpolazione; ma, senza dire che resterebbero altre mende di minor conto (l'elissi del soggetto dei verbi « venderet » e « circumscriptus est », ecc.), e che la soluzione proposta dal pandettista tedesco suscita gravi dubbi anche dal punto di vista dommatico, rimanendo sul terreno della pura esegesi è d'uopo notare che la frase « si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est » avrebbe il grave torto di non esprimere affatto la causa della nullità. Certo il giureconsulto avrebbe dovuto indicarla, ma noi l'ignoreremmo ancora se l'acume e l'immaginazione del Vangerow non si fossero uniti per iscoprirla.

risce ad una situazione di cose molto diversa. E non per quello che nota il Salkowski, che cioè lo schiavo non appartiene al manomissore e quindi nulla osta a che contro il bonae fidei possessor si dia l'actio de peculio. Questa considerazione non è decisiva: lo è invece quest'altra, che, quando il servo contrae un mutuo, il contratto non ha essenzialmente alcun rapporto col proposito di mutar padrone, nè il mutuante è tenuto ad indagare quale uso faccia il servo del denaro (se lo investa utilmente, se lo dissipi, se lo doni a un terzo, se lo dia al padrone in cambio della libertà ecc.); e però a lui compete sempre l'actio de peculio contro il domino.

Ciò è indirettamente confermato dalla l. 3 pr. D. 15. 3 [1]). Ulpiano vi insegna che, se il servo abbia dato al padrone il denaro mutuato da me, io ho l'actio de in rem verso « si quid plus sit in eo, quod servus dedit, quam est in servi pretio »; ma la somma pagata per la manomissione « in peculium non computatur », ed è logico, poichè il denaro è stato versato nel patrimonio del padrone, e non nel peculio. Ora il giureconsulto avrebbe potuto risparmiarsi quest'ultima osservazione, se in nessun caso fosse fondata l' actio de peculio La questione, se il denaro dato in mutuo vada ad aumento del peculio, è invece esaminata, perchè si ha in vista l'azione relativa [2]).

A proposito della l. 3 pr. ora citata scrive il v. Tuhr che, quando il padrone ha ricevuto la somma di denaro in cambio della quale ha consentito alla liberazione dello schiavo, se potesse uscir fuori chi ha prestato il denaro e reclamare la restituzione della parte che supera il valore dello schiavo, il padrone, che non avrebbe mai rinunciato alla proprietà per il semplice prezzo di stima, si vedrebbe in certo modo espropriato contro ogni ragione ed ogni equità. Ed il v. Tuhr è così scandalizzato dell'iniquità di un tale principio, che non esita ad attribuire ai compilatori la fine della l. 3 pr. Figuriamoci che cosa penserebbe l'egregio romanista della nostra tesi, appoggiata sulla l. 50 § 3 D. 15. 1 oltre che sulla l. 3 pr., per cui il mutuante deve avere non soltanto l'actio de in rem verso, ma anche l'actio de

[1]) ULPIANUS, *l. 29 ad edictum*: « Quod si servus domino quantitatem dederit, ut manumittatur, quam a me mutuam accepit, in peculium quidem hanc quantitatem non computari, in rem autem videri versum, si quid plus sit in eo quod servus dedit quam est in servi pretio ».

[2]) Diversamente v. TUHR, *Actio de in rem verso*, p. 180 sgg.

peculio, con la quale potrà ottenere il rimborso dell'intera somma mutuata!

Se non che l'iniquità è più apparente che reale. Quando il domino si fa dare dal servo una certa quantità di denaro in cambio della manomissione, deve considerar bene lo stato del peculio [1]). Se il denaro non è formato coi risparmi dello schiavo [2]), ma è stato da lui tolto a prestito, il padrone, che vuol essere sicuro del fatto proprio, e sa di rispondere verso i creditori con l'actio de peculio e de in rem verso, non accetterà le proposte dello schiavo [3]).

4. Il lettore, spero, non mi terrà il broncio per lo studio un po' minuto delle ll. 54 D. 17 1, un. C 4. 36, e 3 pr. D. 15. 3, intorno a cui ho dovuto soffermarmi, non per il piacere di una digressione sul tema della redemptio servi, ma col proposito di determinare sicuramente, di contro alle interpretazioni antiche e alle critiche moderne, il significato e la classicità della l. 50 § 3, una vera pietra di paragone della genuinità della l. 19 § 1 D. 15. 1.

La quale al brano sopra trascritto aggiunge:

« quod et in duobus bonae fidei emptoribus erit dicendum ».

Anche per gli acquisti dello schiavo altrui o del libero che « duobus bona fide serviat » vale un principio analogo a quello ammesso per il servo in usufrutto: « utrique adquiret, sed singulis ex re sua » [4]). Ora le parole sopra riferite della l. 19 § 1 ci apprendono che l'actio de peculio, per i contratti conclusi da un tale schiavo, sarà data contro quello dei due possessori di buona fede, cui riguarda

[1]) Al che giova la *professio peculii*, ben nota a Papiniano; cfr. l. 19 pr. D. 33. 8.

[2]) Sia pure iperbolica, la frase di SENECA, *Epist.* 80, acquista, alla luce della discussione che qui stiamo facendo, un valore significativo: « peculium suum, quod comparaverunt ventre fraudato, pro capite numerant ».

[3]) Nell'atto di manomissione dell'a. 221 pubblicato dal GIRARD, *Textes de droit romain*, 3ª edizione, p. 849 sgg., si dice che Ales Inaroutis ha donato all'ancella di Marco Aurelio Ammonion le 2200 dramme pagate da costei per la sua libertà. Chi ponga mente alle osservazioni esposte sopra nel testo vede che, oltre la liberta, aveva interesse, a che fosse stabilito il carattere di donazione del denaro dato da Inaroutis, anche il manomittente Ammonion.

[4]) L. 23 § 3 D. 41. 1; cfr. anche GAI. II, 92; III, 164; § 4 I. 2. 9; l. 19 (su cui v. BREMER, *Jurispr. antehadr.* I, p. 108) e l. 23 D. 41. 1, ecc.

la causa del contratto; e se il peculio appartenente a costui non basta a pagare il creditore, questi avrà diritto di esigere la rimanenza dall' altro possessore di buona fede.

La notizia, che si desume dalla l 19 § 1, è delle più importanti. Essa completa ciò che sapevamo dalla l. 32 pr. In quest' altro frammento il quale proviene da Ulpiano come la l. 19, si dice che, essendovi più[1]) possessori di buona fede, « unus conventus ceteros liberat », ma l'equità comanda di restituire l' azione contro costoro. Il passo potrebbe far credere che l' attore fosse interamente libero nella scelta del convenuto, poichè non accenna in alcun modo al precetto della l. 19 § 1, che si debba aver riguardo alla causa del debito. Ma non si può dubitare che nel pensiero di Ulpiano[2]) sia questo un tacito presupposto, sicchè la regola, quale risulta dal combinato disposto delle due leggi, è la seguente: - Allorchè lo schiavo è nel possesso di buona fede o nell' usufrutto[3]) di due o più persone, la causa del debito determinerà quale debba essere convenuta per prima; ma la rescissione della consumazione permetterà di agire contro le altre fino a totale estinzione del debito.

Dalla l. 19 § 1, poi che ne abbiamo dimostrata la genuinità e vi abbiamo colto la portata dell'avviso di Marcello, possiamo trarre una ulteriore notizia, e cioè che Ulpiano, quando accordava nella l. 32 pr. la rescissione della consumazione negata da Giuliano, non difendeva un' opinione sua originale. Pure questa volta egli si ispirava all' insegnamento dei suoi predecessori, e precisamente di Marcello, del quale adottava la soluzione e copiava il motivo[4]). Chiunque pensi che Marcello è il costante oppositore di Giuliano, non troverà audace la conclusione che la nuova teoria contraria alla giulianea ebbe in lui il primo autorevole banditore.

5. Anche in un altro punto la l. 19 § 1 è stata bersagliata dagli strali della critica; e giova occuparsene, affinchè la teoria dell'actio de peculio sia completata con l' esame di quest' altra applicazione, e

[1]) L'originale parlava di due possessori; cfr. LENEL, *Neue Ulpianfragmente*, cit. p. 7.

[2]) Quale potesse essere l'avviso di Giuliano, cercheremo nel num. 7.

[3]) È logico che per i plures fructuarii valga lo stesso principio che per i bonae fidei possessores, accanto ai quali sono ricordati nella l. 32 pr.

[4]) V. sopra, p. 63, n. 3.

affinchè l'ammissione dell'emblema in una parte qualsiasi della legge non rifletta l'ombra del sospetto anche sulla parte che noi abbiamo sostenuto essere genuina.

Mentre il tentativo di eliminare dalla l. 19 § 1 [1]) come tribonianeo l'inciso « certe illud . conveniatur » è dovuto ai moderni, invece l'idea, che fosse interpolata la frase « sed in marito melius est dicere simpliciter eum de peculio teneri », risale al Fabro [2]). Ma neanche questa tesi regge all' esame.

Che la decisione pel marito sia diversa che per l'usufruttuario è troppo logico, perchè egli è proprietario di tutti e due i peculii, tanto del peculio che « ad maritum respicit » quanto di quello che « ad mulierem spectat ». Nè vale obbiettare che questa circostanza toglie la possibilità di due giudizi successivi, perchè il convenuto è uno solo, ma non impedisce che si tenga conto della causa del de-

[1]) Crediamo opportuno di riferirla qui integralmente, a maggiore chiarezza della discussione che faremo nel testo:

ULPIANUS *l. 29 ad edictum:* « Potest esse apud me duplicis iuris peculium: ut puta servus est dotalis, potest habere peculium, quod ad me respiciat, potest et quod ad mulierem. Nam quod ex re mariti quaesiit vel ex operis suis, id ad maritum pertinet: et ideo, si respectu mariti heres sit institutus vel ei legatum datum, id eum non debere restituere Pomponius scribit. Si igitur mecum agatur ex eo contractu qui ad me respicit, utrum omne deducam quodquod debetur mihi, sive ex mea causa sive ex ea quod ad uxorem respicit? an vero separamus causas quasi in duobus peculiis, ut et causa debiti quod petitur spectetur? ut, si quidem ex eo peculio agatur, quod ad mulierem spectat, id deducam quod ex eo contractu debeatur [assai plausibile è l'emendazione del MOMMSEN, ad h. l.: si quidem ex eo *contractu* agatur *qui* ad m. s., id deducam quod ex eo *peculio* debeatur], si ex eo contractu, qui ad me respicit, meum deducam? Quae quaestio dilucidius est in fructuario tractata, utrum ex eo demum contractu potest de peculio conveniri, quod [*qui* Mom.] ad se pertinet, an ex omni. Et Marcellus etiam fructuarium teneri scribit et ex omni contractu: eum enim qui contrahit totum servi peculium velut patrimonium intuitum. Certe illud admittendum omnimodo dicit, ut priore convento, ad quem res respicit, in superfluum is, cui quaesitum non est, conveniatur: quae sententia probabilior est et a Papiniano probatur. Quod et in duobus bonae fidei emptoribus erit dicendum. Sed in marito melius est dicere simpliciter eum de peculio teneri. Sin autem maritus huiusmodi servi nomine aliquod praestiterit, an adversus mulierem agentem dotis nomine deducere id possit? Et ait, si id quod creditori praestitum est, ad utriusque generis peculium pertinebit, pro rata utrique peculio decedere debere. Ex quo intellegi potest, si ad alterum (*alterutrum* Mom.) peculium contractus pertinebit, modo soli uxori detrahi, modo non detrahi, si ad id peculium pertinuit contractus, quod apud maritum resedit ».

[2]) *Coniectur.* 8. 14. Cfr. anche FERRINI, *Archivio giur.* 64, p. 88.

bito, secondo che tocca un peculio o l'altro. Si può rispondere che se ne tiene tanto conto, che nel giudizio di restituzione della dote il marito non è ammesso a detrarre, dal peculio che deve rendere alla moglie, ciò che ha prestato al creditore, « si ad id peculium pertinuit contractus quod apud maritum resedit ». Ma la distinzione non può avere effetto che nei rapporti tra coniugi, e allorchè questi rapporti dovranno essere regolati per lo scioglimento del matrimonio. Poichè il creditore ha il diritto di essere soddisfatto su tutti e due i peculii, che senso avrebbe di fronte a lui distinguere ciò che il marito paga quale proprietario del peculio « quod ad eum respicit », e a cui in ipotesi si riferisce il contratto, ed il residuo che il marito stesso pagherebbe quale proprietario del peculio « quod ad uxorem respicit » ? [1])

Le altre osservazioni esposte dal Fabro mostrano che egli non ha capito la decisione ulpianea: « in marito melius est dicere simpliciter eum de peculio teneri ». Domanda il giureconsulto francese se sia giusto che il marito paghi esclusivamente dal suo peculio, allorchè il servo si è obbligato per una causa che riguarda la moglie. Ma quando mai Ulpiano ha detto che il marito debba trarre i mezzi per pagare unicamente dal suo peculio? Questo è affar suo: se la causa del debito interessa la moglie, potrà pagare col peculio di lei, donde avrebbe diritto al momento della restituzione della dote di dedurre ciò che ha prestato [2]).

[1]) Con ciò non vogliamo negare che la distinzione delle cause dei crediti, e la conseguente distinzione dei peculii, potesse riuscire utile per le due masse di creditori. Se un peculio è più oberato dell'altro, gioverebbe ai creditori del marito che egli non potesse operare la deductio o l'ademtio dal peculio proprio, pel pagamento dei debiti che affettassero il peculio della moglie, e viceversa. Ma per ottenere questo risultato bisognerebbe che ciascun peculio rispondesse delle passività sue proprie, che i creditori peculiari della moglie non avessero alcun diritto sul peculio del marito e viceversa; bisognerebbe, per usare un paragone assai calzante, che tra i due peculii avvenisse una separazione simile a quella che, dietro istanza dei creditori ereditari, può aver luogo tra l'eredità e il patrimonio dell'erede. Poichè invece è stato ammesso che i creditori avessero diritto indifferentemente su tutti e due i peculii, deve questa norma essere da loro accettata nel bene come nel male. Perciò faranno valere la loro azione sul peculio complessivo, ma soffriranno anche la deduzione di tutti i crediti del convenuto, qualunque ne sia l'origine.

[2]) D'altronde non bisogna dimenticare che il convenuto con l'actio de peculio è libero di pagare l'attore come e donde vuole. Può trarre l'importo relativo dal peculio, che risulterà diminuito d'altrettanto; ma può anche soddisfare il credi-

Così pure non c'è bisogno di cercare il modo di venire in soccorso del creditore, quando il peculio del marito contenga una somma minore del credito; perchè il creditore ha diritto di essere soddisfatto su tutto il peculio che si trova nelle mani del marito, a chiunque siano per appartenere i vari cespiti quando si scioglierà il matrimonio.

E come non resistono alla critica gli argomenti che Fabro desumeva dal contenuto, così non ci convincono gli indizi formali, che egli ha creduto di rilevare: l' ineleganza della locuzione « sed in marito melius est dicere », e le parole « sin autem », che Triboniano sarebbe stato costretto ad inserire per legare la frase interpolata col seguito del testo, e che, scrive il Fabro, « quoties in Pandectis lego, toties videor mihi Triboniani manum agnoscere et palpare »!

Altri argomenti, di certo più acuti ma non più saldi, ha addotto il Ferrini per l' interpolazione.

La risposta al quesito, se il marito possa dedurre, nella restituzione della dote, ciò che ha pagato per il servo dotale, è riferita in discorso indiretto dipendente dal verbo « ait », il cui soggetto sottinteso dal contesto risulta essere Marcello. Ma ciò, dice il Ferrini, è impossibile, per la chiara contraddizione con la dottrina di lui: deve pertanto trattarsi di Pomponio o Papiniano, le cui idee sono quindi accolte anche da Ulpiano.

Il Ferrini versa in un equivoco. Quale opinione avesse Pomponio a proposito del servo dotale, non ci è noto: noi sappiamo soltanto che per il servus fructuarius egli dava le azioni adiettizie contro l' usufruttuario « ex ea causa ex qua soleret servus fructuario adquirere, ex reliquis in dominum proprietatis ». Anche di Papiniano conosciamo l'opinione relativamente al servus in usufructu, la quale

tore del proprio, e limitarsi a dedurre la somma sborsata dal valore del peculio nel caso che altri creditori agiscano contro di lui. Nella prima ipotesi avremmo una *ademtio* effettiva del peculio; nella seconda, una posta da sottrarsi tutte le volte che si deve fare la stima del peculio per determinare l' ammontare della condanna. [Rinvio il lettore alle belle pagine del MANDRY, *Ueber Begriff und Wesen des Peculium*, Tübingen, 1869, p. 75 sgg. (cfr. anche *Familiengüterrecht* II, p. 390 sgg.) per la dimostrazione che la deductio consiste in un conteggio, e di per sè nè estingue il credito del paterfamilias, nè diminuisce il peculio]. Infine l'esecuzione della condanna non si dirige sul peculio, ma si rivolge sull' intero patrimonio del domino condannato. Cfr. KELLER, *Jahrb. d. gem. d. Rechts*, 3, p. 163; MANDRY, *Familiengüterrecht* II, p. 373.

non coincide con quella di Pomponio; perchè egli ammette che « priore convento, ad quem res respicit, in superfluum is, cui quaesitum non est, conveniatur ». E da queste opinioni circa il servus fructuarius non si può argomentar nulla per il caso, diversamente configurato, del servo dotale.

Lo prova Ulpiano, che, mentre per il servus fructuarius segue l' avviso di Papiniano, per il servo dotale dichiara invece che « in marito melius est dicere simpliciter eum de peculio teneri », risolve cioè nel senso della prima alternativa la questione « utrum omne deducam quodquod debetur mihi, sive ex mea causa sive ex ea quae ad uxorem respicit? an vero separamus causas quasi in duobus peculiis, ut et causa debiti quod petitur spectetur? ».

Un' altra questione è decidere se il marito, nell' atto di restituire la dote, abbia diritto a farsi rimborsare ciò che ha pagato per il servo dotale. E' chiaro che, se un tale diritto riconoscevano al marito, nell' ipotesi che la causa debendi si riferisse al peculio dotale, quei giureconsulti che di fronte all' actio de peculio non intendevano separare le varie cause « ut et causa debiti quod petitur spectetur », tanto meno avrebbero avuto ragione di negarglielo coloro, se ve ne sono stati, che avessero già nell' actio de peculio distinto secondo che il credito riguardava il peculio del marito o il peculio della moglie. Non accade quindi di doversi preoccupare se il soggetto di « ait » sia Marcello od un altro: anche se Marcello avesse avuto un' opinione diversa da quella di Ulpiano, ed avesse pensato che il marito convenuto con l' actio de peculio dovesse dedurre i crediti peculiari secondo che l' azione promossa riguardava un peculio o l' altro, ad ogni modo, per quanto concerne il diritto di rivalsa del marito, tenuto con l' actio rei uxoriae a restituire la dote, Marcello, Papiniano e chiunque altro non potevano dissentire menomamente da Ulpiano.

Ma il Ferrini incalza: il passo tace proprio su quello che, se la probabilior sententia fosse genuina, non avrebbe potuto tacersi in verun modo, e cioè « che il marito potrebbe *detrahere* dal peculio da restituire, anche se si trattasse di un debito che non avesse causa ad esso relativa, ma eccedesse la misura del peculio rimanente, e avesse per conseguenza almeno pel *superfluum* affettato anche il primo, o, viceversa, dovrebbe sopportare una parziale detrazione del peculio *quod apud eum resedit* nella reciproca evenienza ».

Ometto di considerare l'ultima ipotesi, che il debito per una causa relativa al peculio dotale non sia stato da questo interamente coperto, perchè è evidente che il marito, il quale ha dovuto pagarlo tutto, ha sopportato una specie di detrazione dal suo peculio nell'unico modo in cui ciò è possibile, e non sapremmo d'altronde in qual senso si potrebbe parlare di detrazione dal peculio del marito, nel momento in cui egli restituisce alla moglie il peculio dotale.

Invece per l'altra ipotesi l'osservazione del Ferrini giunge molto opportuna. La l. 19 § 1 conclude che il marito imputerà al peculio da restituire l'« id quod creditori praestitum est », secondo che la causa debendi si riferisca o no a tale peculio. Pongasi ora che il debito soddisfatto dal marito riguardi unicamente il suo peculio, ma l'ammontare di questo non sia bastato a coprirlo; in tal caso non avrebbe dovuto Ulpiano, se fosse stato un seguace della « probabilior sententia », accordare al marito il diritto di detrarre dal peculio il di più che egli ha pagato oltre la misura del proprio peculio?

La domanda è giustissima, solo non c'è ragione di tirare in campo la « probabilior sententia ». Vogliamo concedere per un momento che Ulpiano, come congettura il Ferrini, seguisse rispetto al servus fructuarius l'opinione rigorosa di Pomponio, che negava al creditore la facoltà di scegliere tra l'usufruttuario e il proprietario, ed imponeva di agire contro l'uno o contro l'altro a seconda della speciale attinenza della relativa causa debendi. Se avesse applicato la stessa teoria al caso del servo dotale, Ulpiano avrebbe dovuto limitare la condanna del marito per un debito relativo al suo peculio all'ammontare di questo [1]). Certo che allora il marito non potrebbe pretendere alcuna detrazione dal peculio che deve restituire alla moglie, ma è anche troppo evidente che l'ipotesi formulata dal Ferrini non può più verificarsi. Essa suppone che il marito risponda verso i creditori peculiari con tutto il peculium duplicis iuris; è così che nasce la questione, se sia giusto che il marito sopporti il pagamento del superfluum oltre l'ammontare del proprio peculio, mentre è indiscutibile che in tanto ha dovuto compierlo in quanto nell'actio de peculio rispondeva anche del peculio dotale, o se, attesa questa circostanza, non sia invece più logico che una porzione del debito gravi sulla moglie, perchè

[1]) La dimostrazione che tale fosse il pensiero di Ulpiano, non è stata data nè dal Ferrini nè da altri, ed è impossibile tentarla sulla base della l. 19 § 1.

è stato appunto il peculio di lei che ha costretto il marito a pagare più di quello che col solo suo peculio non avrebbe pagato.

Io non dubito di pronunciarmi per la seconda alternativa, quantunque il testo che nella parte estrema - senza dubbio ulpianea - sembra annettere tutto il peso alla pertinenza della « causa debendi », non ci offra il modo di risolvere sicuramente la questione, perchè, nell'ipotesi di cui ci occupiamo, il peculio dotale è causa di una parte del pagamento sostenuto dal marito, ma il negozio giuridico, donde deriva il debito, riguarda solamente il peculio di lui.

Nondimeno io vorrei richiamare l'attenzione dei lettori sul periodo che Ulpiano riporta da Marcello, nel quale è una frase che chi fosse meticoloso potrebbe tacciare d'imprecisione, e chi alla pedanteria preferisce la larghezza dell'indagine potrebbe utilizzare come un indice della soluzione cercata. « L'id quod creditori praestitum est », si defalcherà proporzionalmente da entrambi i peculii, « si ad utriusque generis peculium pertinebit ». Ora ciò che si paga può di fatto non appartenere nè a un peculio nè all'altro, ma essere pagato dal restante patrimonio del marito; vero è che si paga per un peculio o per l'altro, sino a concorrenza dei due peculii. E quando il marito soddisfa un debito del suo peculio, può ben dirsi che ciò che presta appartiene innanzi tutto al suo proprio peculio e poi, esaurito questo, al peculio dotale; appunto perchè s'intende che egli paghi in quest'ordine fino all'ammontare del peculium duplicis iuris.

Concludendo, se l'illazione di Ulpiano, « ex quo intellegi potest rel. », enuncia un criterio che sembra riposare unicamente sulla distinzione delle causae debendi, la decisione da lui riferita, « et ait rel. », è concepita in termini tali da permettere di considerare come pertinente al peculio dotale ciò che il marito ha pagato in più dell'ammontare del suo peculio.

6. — Se siamo riusciti a distruggere tutti i sospetti, che da diverse parti e per diverse vie tendevano ad escludere la genuinità della l. 19 § 1 - e tutti di certo li combattemmo, non lasciandoci trattenere neppure dal timore di apparire prolissi - possiamo tranquillamente procedere oltre nella nostra indagine.

Lo stesso diritto, che compete agli estranei, di agire sino a concorrenza del peculium duplicis iuris contro i vari titolari, deve

essere riconosciuto anche all' usufruttuario e al proprietario tra di loro.

Per i crediti verso lo schiavo il condomino non ha l' actio de peculio contro l' altro condomino [1]; ma ciò non significa che egli non abbia diritto di esser pagato col peculio del condomino, bensì che per ottenere questo risultato bastano l' actio pro socio e l' actio communi dividundo.

Invece i rapporti tra usufruttuario e proprietario non possono essere regolati con una di queste azioni, e perciò essi saranno tenuti vicendevolmente con l'actio de peculio [2]. Tanto impariamo dalla l. 19 § 2, D. 15. 1 [3], la quale, perchè sia proponibile l' azione del fructuarius contro il dominus, suppone che lo schiavo abbia presso il proprietario un peculio, e presso l' usufruttuario « aut nihil aut minus quam fructuario debetur ».

Se dunque l' usufruttuario ha nel peculio un valore pari all'ammontare del credito, non è ammesso ad agire contro il domino. Se il valore del peculio sia inferiore alla somma dovuta dallo schiavo, ha certamente azione contro il proprietario; ma potrà egli pretendere il pagamento dell' intero debito? A mio giudizio, è sicuro che qui ricorrono le stesse ragioni di decidere, come nel caso del compratore agente contro il venditore [4]. L' usufruttuario dovrà intentare l'actio de peculio « deducto eo, quod apud eum peculii servus habebit ».

7. Anche la l. 37 § 3, D. 15. 1 [5] si occupa dell' azione contro l' usufruttuario; ed essa pure dovrebbe essere gravemente interpolata,

[1] Cfr. l. 19 § 2 e l. 20 D. 15. 1. – Se tale regola si applichi, oltre che al caso della communio peculii, anche a quello di peculii separati, è gravemente controverso. Per la negativa cfr. DIETZEL, op. cit. 2, p. 37; BEKKER, *Zeitschr.* cit. 4, p. 526 sgg.; MANDRY, *Pec. dupl. iur.* p. 393. Per l'affermativa cfr. MENGE, op. cit. p. 51; KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* II, p. 1148, n. 2t.

[2] È inteso che per l' usufruttuario vale la limitazione posta dalle ll. 118 pr. D. 45. 1 e 25 § 5 D. 7. 1. Cfr. su di ciò SALKOWSKI, op. cit. p. 224 sgg., e quello che osserveremo nel numero seguente.

[3] ULPIANUS *l. 29 ad edictum:* « Interdum et ipsi fructuario adversus dominum datur actio de peculio, ut puta si apud eum habeat peculium, apud ipsum vero aut nihil aut minus, quam fructuario debetur. Idem etiam contra eveniet, quamvis in duobus dominis sufficiat pro socio vel communi dividundo actio ».

[4] Cfr. anche SALKOWSKI, op. cit. p. 229, n. 2.

[5] IULIANUS *l. 12 digestorum:* « Si actum sit de peculio cum eo qui usum fructum in servo habet et minus consecutus sit creditor, non est iniquum, ut ex

secondo l'avviso del Ferrini [1]), la cui critica d'altronde contiene molto di vero [2]).

Il fr. 37 proviene da Giuliano, ma l'opinione ivi espressa è in flagrante contraddizione con la dottrina giulianea riferita nella l. 32 pr. Giuliano infatti sosteneva che, contestata la lite con uno degli eredi, tutti gli altri fossero liberati dall' actio annalis; e oggi sappiamo anche in modo sicuro che per Giuliano l'actio de peculio, promossa contro un usufruttuario o un possessore di buona fede, era consumata verso tutti. Non già che il grande giureconsulto dell' epoca adrianea fosse sordo alla voce dell'equità, la quale reclamava che il creditore potesse essere soddisfatto « ex universo peculio servi ubicumque est »; ma, mentre altri giuristi cercavano un rimedio al male quando questo si fosse verificato, e lo trovavano nella rescissione della consumazione, Giuliano esigeva che la parte interessata vigilasse per evitare il danno. La divisione dell' azione porge il mezzo di prevenirlo: e Giuliano vi ricorreva, ce lo attesta esplicitamente la l. 27 § 3, D. h. t., nel caso del compratore e del venditore, quando a Proculo (e alla sua scuola?) pareva che fosse meno opportuno. Lo stesso espediente egli deve avere applicato in altri casi (per es. quando vi sono più eredi tenuti con l'actio annalis) [3]), in cui non si potrebbero opporre neppure quelle considerazioni che ostavano nel caso della vendita.

Perciò se la l. 37 § 3 ci venisse a dire:

> « Creditor non est iniquum ut ex universo peculio, sive apud fructuarium sive apud proprietarium erit, rem consequatur »,

e intendesse alludere alla possibilità di agire contro ciascuno « in partes », noi potremmo anche non sorprenderci di vedere attribuite queste parole a Giuliano [4]). Ma la l. 37 § 3 suppone che si sia già

universo eius peculio, sive apud fructuarium, sive apud proprietarium erit, rem consequatur. Nihil interest, operas suas conduxerit servus a fructuario an pecuniam mutuam ab eo acceperit. Dari itaque debebit actio ei adversus dominum proprietatis deducto eo, quod servus peculii nomine apud fructuarium habet ».

[1]) *Archivio giur.* 64, p. 86; *Zeitschr. d. Sav. St.* 21, p. 196.

[2]) Il Lusignani, op. cit. p. 28, si limita ad esprimere l'opinione che si debba attribuire ai compilatori l'inciso « et minus consecutus sit creditor ». Cfr. Bonfante, loc. cit.

[3]) Cfr. la nostra *Actio de peculio annalis contro gli eredi*, p. 36 sgg. (dell'estratto dagli *Studi Senesi* in onore di L. Moriani).

[4]) Ciò dipende dalla teoria che avrà professato Giuliano sulla rispettiva responsabilità dell'usufruttuario e del proprietario. Se Giuliano fosse stato dell'opi-

sperimentata l'azione contro l'usufruttuario, e che l'attore sia stato soddisfatto di una parte soltanto del suo credito, evidentemente per l'insufficienza del peculio; ciò che non impedisce alla legge stessa di affermare poi che il creditore ha da conseguire il suo «ex universo peculio... sive apud fructuarium erit», quasi che il peculio dell'usufruttuario non dovesse già essere esaurito.

Il primo periodo della l. 37 § 3 contraddice alla nota teoria di Giuliano, ma, quel ch'è peggio, cozza maledettamente con la logica. Nè si raddrizza il passo con la soppressione dell'inciso, «et minus consecutus sit creditor», proposta dal Lusignani; giacchè esso ammetterebbe pur sempre l'equità che il creditore sia pagato con l'intero peculio dell'usufruttuario e del proprietario, vale a dire che possa agire successivamente contro il proprietario nell'ipotesi che «actum sit de peculio cum eo qui usum fructum in servo habet». È forza dunque concludere che almeno la prima parte della l. 37 § 3 è profondamente corrotta [1]).

Il Ferrini afferma che le parole che seguono, «nihil interest, operas suas conduxerit servus a fructuario an pecuniam mutuam ab eo acceperit», non stanno in nessuna connessione visibile col rimanente contenuto del passo. Ma una volta che siasi riconosciuto che il testo è guasto, e che pertanto, più che interpretarne, bisogna congetturarne il significato probabile, non si deve abbandonare come impresa disperata qualunque tentativo diretto a desumerne un pensiero organico.

Il buon esempio era stato già dato dal Salkowski [2]), il quale aveva visto che sono possibili due ipotesi. O l'intero passo tratta dell'actio de peculio competente al terzo creditore contro l'usufruttuario e il proprietario, ovvero la seconda parte del frammento si occupa dell'azione dell'usufruttuario contro il proprietario. Al Sal-

nione di Pomponio (così FERRINI, opp. citt., il quale argomenta dalla circostanza che «noi troviamo Marcello, l'oppositore quasi perpetuo di Giuliano, sostenere il contrario»), che l'actio de peculio competa contro l'uno o l'altro a seconda della causa debendi, non parrebbe logico che ammettesse la divisione dell'azione. Ma se avesse avuto invece l'opinione di Marcello, che lasciava libertà di scelta al creditore, l'espediente della divisione non avrebbe dovuto dispiacergli neppure in questo caso.

[1]) Il FERRINI, l. cit. allega anche «l'uso impreciso e vago di qualche frase, come un rem consequi detto a proposito del creditore».

[2]) Op. cit. p. 230

kowski sembra di gran lunga più verosimile la prima supposizione. Nel che io non posso consentire, perchè la fine del frammento, non ostante qualunque apparenza in contrario, deve riferirsi ad un'azione dell' usufruttuario contro il dominus proprietatis.

Improbabile è anche l' opinione del Salkowski, che Giuliano nella prima parte ammettesse il diritto del creditore di rivolgersi per il resto contro il proprietario, quando non fosse stato soddisfatto interamente dall' usufruttuario. Se Giuliano era conseguente con la sua teoria, non poteva ammettere l' esperimento successivo dell' azione contro l' usufruttuario e il proprietario; tutt' al più avrà permesso la divisione dell' azione.

È possibile che quest'ultimo pensiero fosse enunciato nel testo originale; possibile è anche che il periodo intermedio si riconnettesse alla prima parte del testo, e affermasse il diritto dell' usufruttuario a dedurre dal peculio tutti i suoi crediti verso lo schiavo, anche quelli pei quali non avrebbe l' actio de peculio contro il dominus [1]. L' inciso « nihil interest ... acceperit » costituirebbe una parentesi, e verrebbe così ad indicare il motivo per cui il creditore non può essere soddisfatto interamente dall' usufruttuario [2].

In questo modo peraltro noi non ci limitiamo a ristabilire il nesso fra le idee di Giuliano, turbato e rotto sia dai tagli inconsiderati dei compilatori, sia dalle omissioni e dagli equivoci dei copisti; noi andiamo creando con la fantasia un ragionamento giulianeo, di cui il testo non ci ha serbato la menoma traccia.

Per conto mio preferisco abbandonare al suo destino la prima parte del frammento, di cui è difettosissima la logica, ed è impossibile la conciliazione con la dottrina meglio accertata di Giuliano. E poichè il Salkowski consente che la frase intermedia possa ricollegarsi con l' ultima parte, mi propongo di vedere se da questa unione si riesce a cavar fuori un senso più probabile.

Che il periodo finale alluda all' actio de peculio dell' usufruttuario

[1]) Risulta dalle ll. 25 § 5 D. 7, 1 (in cui Ulpiano l. 18 ad Sab., riferisce l'opinione di Giuliano, l. 35 digest.) e 118 pr. 45. 1 (Papinianus l. 27 quaest.) che la conduzione conclusa dal servo delle proprie opere, e in genere qualunque stipulazione ex re fructuarii, è inefficace, non obbliga l' usufruttuario verso il proprietario, nè questo verso di quello. Molto esplicita è la l. 118 pr.: « servus fructuario si promittat ex re ipsius, nulla de peculio dabitur in dominum actio ».

[2]) Cfr. MANDRY, *Pec. dupl. iur.* p. 384, n. 3.

contro il proprietario, malgrado che il pronome *ei* e il contesto del passo possano far credere altrimenti, è dimostrato, a parer mio, dalla deductio imposta all' attore. Un creditore estraneo, che agisca contro il proprietario, non è tenuto a nessuna deduzione. Infatti, se ha già convenuto l' usufruttuario e ne ha ricevuto un pagamento parziale, il credito sarà parzialmente estinto, e il proprietario non potrà essere condannato che al residuo; ma è assurdo pensare ad un' azione « deducto eo, quod servus peculii nomine apud fructuarium habet », proprio allora che il peculio non esiste più, per essere stato impiegato nella soddisfazione dell' attore che dovrebbe fare la deductio [1]). Se invece il proprietario è il primo ad essere convenuto, nè egli ha diritto di pretendere la deduzione del peculio dell' usufruttuario, nè il creditore ha interesse a consentirla spontaneamente.

Il Salkowski [2]) suppone che Giuliano voglia dispensare il creditore per cause che riguardano l'usufruttuario dalla necessità di agire primieramente contro costui: se egli ritiene che l' azione contro l'usufruttuario per lo stato del peculio non possa sortire alcun effetto, autorizzato ad agire subito contro il proprietario « deducto eo, quod servus peculii nomine apud fructuarium habet ». Ma l' ipotesi non è ammissibile, poichè dipende strettamente da una premessa, di cui abbiamo già dimostrato l' inverosimiglianza. Bisognerebbe che Giuliano avesse concesso l' azione per il residuo, o, in altri termini, la rescissione del primo giudizio: il che ripugnava alle idee da lui altrove professate. Come già osservammo, per non mettere Giuliano in contraddizione con se stesso, restano due sole ipotesi: o l' actio de peculio compete unicamente contro quello degli aventi diritto sullo

[1]) Il MENGE, op. cit. p. 55 sgg., rilevando appunto che il peculio dell' usufruttuario è stato esaurito nel giudizio contro di lui, ritiene di dover pensare, se mai, al caso di un incremento posteriore del peculio, nel qual caso il creditore dovrebbe avere una nuova azione contro l' usufruttuario, e perciò sarebbe tenuto alla deductio verso il proprietario. Ma contro quest' ipotesi sta la considerazione enunciata più sotto nel testo, che la conoscenza delle dottrine giulianee porta ad escludere che Giuliano desse l'azione contro il proprietario dopo che fosse stata già promossa contro l' usufruttuario. E sta inoltre la dimostrazione, che daremo trattando della l. 30 § 4 D. 15. 1, che la facoltà di rinnovare l'azione « aucto peculio » non è un principio classico. Lo stesso Menge del resto accede all'opinione da noi sostenuta, che l'ultimo periodo della l. 37 § 3 si riferisca all'azione dell' usufruttuario contro il proprietario.

[2]) Op. cit. p. 231.

schiavo cui si riferisce la causa debendi, ed è assurdo pensare alla possibilità della deductio; o il creditore ha libertà di scelta, con che però consuma definitivamente l' azione, e allora non può essere obbligato a dedurre il peculio che si trova presso l' usufruttuario, e sarebbe stolto se lo facesse.

Col periodo, che riconosce all' usufruttuario l' actio de peculio contro il proprietario, l' inciso « nihil interest... acceperit » ha una relazione, checchè ne dica il Ferrini, visibilissima. Certamente non si vuole negare che manchino, tra la frase « nihil interest rel. » e l'altra « dari itaque debebit actio », le proposizioni, che dovrebbero segnare i passaggi logici del ragionamento, di cui l' « itaque » ci presenterebbe la conclusione. Ma noi non abbiamo la pretesa di ricostruire il passo nella sua figura originaria; a noi basta mostrare la verosimiglianza dell' ipotesi che, trattando dell'azione dell'usufruttuario contro il proprietario, Giuliano si occupasse di determinare da quali atti del servo possa sorgere per il fructuarius un'actio de peculio contro il dominus. Questa verosimiglianza aumenterà, quando si ricordi che l'usufruttuario non può acquistare per mezzo del servo crediti che non provengano « ex re fructuarii » o « ex operis servi » [1]), e che d'altra parte la conduzione conclusa dal servo delle proprie opere, e il mutuo accordatogli dall'usufruttuario (sono queste le obbligazioni rammentate nella l. 37 § 3) non obbligano di regola nè l'usufruttuario verso il proprietario, nè questo verso di quello, e non danno perciò origine all'actio de peculio [2]). Non è da trascurare infine la circostanza, che Giuliano si è occupato in modo speciale di queste complicazioni, nascenti dal rapporto in cui si trova il servus fructuarius, ed a lui attinge largamente Ulpiano nella l. 25 cit. [3]). Da essa impariamo che secondo Giuliano « si servo fructuarius operas eius locaverit, nihil agit », e similmente « si rem meam a me fructuario conducat, me non obligabit »: non è fatto espressamente il caso del mutuo, ma è chiaro che il servo, obbligandosi a restituire il denaro avuto in mutuo, « promittit ex re fructuarii » [4]), e quindi, giusta l'avviso di Papiniano nella l. 118 pr. 45. 1, collimante perfettamente con quello di Giuliano, « nulla de peculio

[1]) Cfr. l. 25 § 3 D. 7. 1; l. 22 D. 45. 3.
[2]) Cfr. l. 25 § 5 D. 7. 1; l. 118 pr. D. 45. 1.
[3]) Cfr. il § 3 e sgg. della l. 25 D. 7. 1.
[4]) Cfr. l. 87 § 5 D. 41. 1 (Iulianus, l. 44 digestorum).

dabitur in dominum actio ». Tuttavia Giuliano, dopo aver riassunto la regola nelle parole seguenti:

> « et regulariter definiit: quod quis ab alio stipulando mihi adquirit, id a me stipulando nihil agit »,

la limitava con l'eccezione:

> « nisi forte nominatim domino suo stipuletur a me vel conducat » [1]).

Mutuo e locazione saranno dunque validi, e legittimeranno a favore dell'usufruttuario l'actio de peculio contro il domino, se il servo agirà in nome di costui.

Crediamo che sia prudente fermarsi a questi rilievi, di cui non si può contestare l'esattezza; in congetture sulla forma originaria del frammento lasciamo volentieri che altri si sbizzariscano [2]). Anche noi riconosciamo che la l. 37 § 3 è stata alterata, ma non ci par lecito metterla da banda, senza aver prima cercato di spremerne tutto quel succo che per sicuri indizi ci si rivela classico. Del resto è facile immaginare la causa dell'alterazione, compiuta con tanto poca avvedutezza. Forse Giuliano riproduceva la sua nota teoria: « unus conventus alterum liberat », e i compilatori non potevano lasciarla passare senza che il frammento risultasse in contraddizione con gli altri testi classici, nei quali simile dottrina era respinta. Non volendo quindi rinunciare a includere il passo nella compilazione, Triboniano vi ha lavorato intorno di forbici, col bel risultato che tutti possono ora ammirare [3]).

[1]) Cfr. anche l. 25 § 3 D. 7. 1; l. 37 § 5 D. 41. 1 cit.; l. 39 D. 45. 3.

[2]) Nè lo spostamento dell'inciso, che propone il MOMMSEN, ad h. l., nè le altre correzioni dallo stesso editore apportate alla l. 37 § 3 raggiungono, a mio avviso, lo scopo di togliere le mende che la deturpano. Cfr. anche MENGE, op. cit. pagina 54 sgg.; LUSIGNANI, op. cit. p. 23, n. 28; contra RUDORFF, *Zeitschr. f. Rechtsg.* 6 (1867), p. 445.

Nel campo delle ipotesi non è disprezzabile neppure l'espediente del LENEL, *Paling.* I, p. 351, n. 4, che tuttavia riguarda soltanto la frase « nihil interest... acceperit ».

[3]) E ciò diciamo sopratutto per la forma; chè quanto alla sostanza, già i bizantini ci hanno insegnato col loro esempio che si può e si deve desumerla agevolmente dal nostro passo nella compilazione giustinianea. Il Tipucito (Bas. XVIII, 5 28; cfr. HEIMBACH, II, p. 247) enuncia con sufficiente correttezza i due principii contenuti nella l. 37 § 3, che « si usufructuarius de peculio conventus minus solvit,

Ma ecco che, mentre protestavo di non voler fare congetture, ci sono cascato anch'io. Assicuro tuttavia il lettore di non tenerci menomamente. D'altronde il principio, contenuto nell'ultima parte della l. 37 § 3, ci era già noto dalla l. 19 § 2; e in ciò sta la garanzia migliore della sua classicità [1]). La l. 19 § 2 insegna esplicitamente che l'usufruttuario ha l'actio de peculio contro il proprietario, e implicitamente anche che l'azione è ammessa previa deduzione del peculio che si trova nelle sue mani. Meritava ad ogni modo che quest'ultima norma, sia pure sotto il velame delle trasformazioni subìte dal testo, trasparisse in un frammento di Giuliano; poichè essa nel caso analogo del compratore agente contro il venditore ripete da Giuliano la sua introduzione [2]).

reliquum creditori praestatur ab eo qui peculium habet« [intendi con Cirillo, sch. 149 (cfr. ZACHARIAE, *Supplem.* p. 224) il proprietario - mentre Stefano sch. 150 ibidem avverte che si deve per primo convenire l'usufruttuario « si cum servo contractum sit in his, quae ei acquiruntur »] - e che « usufructuarius de peculio actionem habet adversus dominum » [aggiunge Cirillo « si peculium, quod apud me est, debito non sufficiat »].

[1]) Nei Bas. XVIII, 5 (per una curiosa trasposizione; cfr. ZACHARIAE, *Supplem.* p. 225, n. 139) la fine della l. 37 § 3 si trova in mezzo alla l. 38. E la redazione bizantina può corroborare la nostra affermazione sul significato del testo classico: « Et sive operas servi ei locaverit fructuarius sive mutuam ei pecuniam dederit, de peculio actionem adversus dominum habet, deducto tantum peculio, quod penes se habet ».

[2]) Cfr. l. 27 § 6 e l. 47 § 4 D. 15. 1.

III.

Actio de peculio « aucto peculio ».

Sommario. — 1. La l. 30 § 4 D. 15. 1 - Gli argomenti addotti per la sua interpolazione - L'indizio formale notato dal Gradenwitz. — 2. La ripetibilità dell'actio de peculio « aucto peculio » sarebbe stata ammessa indarno dal diritto classico, perchè il pater familias può revocare la concessione ed impedire l'incremento del peculio - Il pater familias è tenuto soltanto nella misura attuale del peculio - Esame delle ll. 47 § 2 D. 15. 1; 5 § 2 D. 34. 3; 1 § 8, 3 pr. e 20 D. 13. 5; 35 D. 46. 1. — 3. La l. 11 D. 12. 6 e la dottrina di Giuliano. — 4. Le opinioni dei romanisti sul rapporto fra la l. 30 § 4 e la l. 47 § 2 D. 15. 1.

1. La l. 30 § 4 D. 15. 1 [1]) fu, tra i passi attinenti alla consumazione dell'actio de peculio, il primo ad essere segnalato come emblematico [2]). Ed è uno dei pochissimi di cui l'alterazione si possa affermare quasi con certezza. E dico l'alterazione, anzichè l'interpolazione, perchè, potendosi tutto ridurre all'omissione di un *non* [3]), è

[1]) Ulpianus *l. 29 ad edictum*: « Is, qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest ».

[2]) Cfr. Francke, *Archiv. f. civ. Praxis* 23 (1840) p. 400, n. 22, e 420, n. 54; Buchka, *Die Lehre vom Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss* II (1847) p. 30; Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess des gem. Rechts* III, p. 299, n. 65 (l'unico ricordato dal Kübler in *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 25, p. 436 quale precursore del Ferrini).

[3]) È questa l'opinione comune dei critici. Solo il Gradenwitz, *Z. der S. St. f. Rechtsgesch.* 27 p. 251, osservando che tutti gli altri paragrafi della l. 30 offrono estese trattazioni, crede verosimile che i compilatori abbiano nel § 4 soppresso un diffuso ragionamento di Ulpiano.

Il Lenel nella 2ª ediz. del suo *Edictum*, che vedo mentre sto correggendo le bozze di questo studio, a pag. 276 suppone che Ulpiano abbia scritto: « is qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti *ipso quidem iure* agere *non* potest, *sed praetor causa cognita rescisso superiore iudicio denuo ei agere permittet* ». Ma io spero di convincere il lettore che Ulpiano negava in modo assoluto la ripetizione dell'azione per gli incrementi del peculio, sicchè la ricostruzione del Lenel non deve accettarsi.

difficile accertare se sia stata voluta deliberatamente dai compilatori [1]), o se sia l'effetto di un errore di trascrizione.

Per la medesima ragione il testo in sè non offre argomenti solidi nè a favore nè contro l'ipotesi dell'alterazione. A nulla approda l'osservare che la legge viola in forma generale e inusitata la regola classica « de eadem re ne sit actio » [2]); e che la consunzione processuale non sta in alcun rapporto con l'esistenza del peculio, poichè non si considera il tempo della litis contestatio ma quello della sentenza [3]). Questi riflessi non costituiscono una prova dell'interpolazione, perchè, al punto in cui siamo col nostro studio, noi dovremmo, quando ci persuadessimo della genuinità del testo, ritenere che il nuovo esperimento dell'azione fosse reso possibile, qui come negli altri casi già esaminati, dalla restitutio in integrum [4]).

[1]) Si potrebbe argomentare dall'esempio degli altri frammenti, se ci fosse dato di pensare col BONFANTE (contronota al GLÜCK, *Commentario alle pandette*, libro 14-15, p. 191) che Giustiniano ha in generale cancellato le tracce della restituzione. Ma in realtà questa cancellazione è avvenuta, e in modo parziale, soltanto nella l. 32 pr. D h. t., dove è stata soppressa la qualifica di « rescissorium » avanti a iudicium, e dove tuttavia la restituzione ricompare nel § 1 « in hoc iudicio licet restauretur praecedens »; mentre ad essa accennano sempre le ll. 30 § 5 e 47 § 3 D. eod. Ritengo anch'io con l'illustre romanista citato che Giustiniano ammette come legale ciò che per i giuristi classici era l'effetto di una restituzione (cfr. sch. 189 Steph. ad l. 47 § 2 *Supplementum* p. 229, che esclude pel caso della l. 30 § 4 la necessità della rescissione); ma voglio avvertire che questa tesi si appoggia principalmente sulla tendenza del diritto giustinianeo in tema di consumazione. Testualmente è maggiore il conforto che può venirle dalla l. 30 § 4, malgrado le difficoltà rilevate, di quello che non sia sicuro l'argomento dedotto dalla soppressione del « rescissorium ». I compilatori potrebbero aver creduto semplicemente di cancellare una distinzione processuale antiquata insieme con le formule, e non di escludere la necessità della restitutio.

[2]) Cfr. LUSIGNANI, op. cit. p. 36.

[3]) Cfr. FERRINI, *Z. d. Sav.St.* 21, p. 195.

[4]) In questo senso anche KELLER, *Iahrbuch des gem. deutsch. Rechts*, III, p. 166, n. 16; KRÜGER, *Process. Consumtion*, p. 134. n. 10, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 4, p. 119 sgg.; GEIB, *Krit. V. I. Schrift.* 43, p. 48; MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 371 sgg., il quale ribatte, mi sembra efficacemente, l'obbiezione del BEKKER, *Aktionen*, II, p *344 (cfr. anche BARON, *Die adjekticischen Klagen*, p. 82; RÜMELIN, *Zur Lehre v. d. Exceptio rei iudicatae*, p. 50, n. 3; ERMAN, *Études de droit classique et byzantin* in *Mélanges Ch. Appleton*, p. 229; LENEL, *Édit*, I, p. 331) che con tale interpretazione si oltrepassino i limiti segnati all'uso metodico delle fonti. Gratuita mi sembra poi l'affermazione del GRADENWITZ, *Zeitschr.* cit. p. 251, che l'opinione del Keller, di doversi pensare ad una in integrum restitutio tacitamente presupposta, porti a concludere che anche questo autore, per lo meno inconsciamente, presentisse un rifacimento da parte dei compila-

L'unico indizio formale dell'interpolazione è stato recentemente illustrato, con l'usitato acume e perizia delle fonti, dal Gradenwitz [1]).

tori. Osserva il Mandry che anche la l. 19 § 1 D. h. t. ammette l'esperimento di una seconda azione, nel concorso del proprietario e dell'usufruttuario o di più possessori di buona fede, semplicemente con le parole « ut priore convento, ad quem res respicit, in superfluum is, cui quaesitum non est, conveniatur ». Noi citeremo inoltre la l. 19 pr. D. h. t., che non è interpolata, come pretende il LUSIGNANI, *Ancora intorno alla consunzione processuale dell'actio de peculio*, Parma, 1901, p. 14, ma in cui l'ammissione dell'azione de peculio ordinarii, dopo che si è agito de peculio vicarii, dipende dalla restitutio in integrum parimenti sottintesa (così anche ERMAN, *Servus vicarius*, p. 518; contra AFFOLTER, *Krit. Vierteljahresschrift*, 42, p. 373; — non mi convince la spiegazione del MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 367, n. 1)); e la l. 11 § 8 D. h. t., in cui l'argomentazione di Ulpiano, « nec video quid habeant creditores quod querantur, cum possint ipsi venditorem convenire, si quid forte putant esse in peculio », non si spiega se non a patto di ritenere che i creditori possano agire successivamente contro il compratore e il venditore, e questa possibilità è data soltanto dalla restitutio in integrum.

Io spero che il richiamo della l. 11 § 8 abbia questa volta maggior fortuna che non sia toccata all'esame fattone nel § 6 del primo di questi studi, se debbo giudicare dal modo come sono stato frainteso dal RICCOBONO, *Bullettino dell'Istituto di d. r.* 18, p. 219. Ho tentato di dimostrare nel luogo citato che la decisione accolta dalla l. 11 § 8 implica la facoltà di esercitare l'a. de peculio contro più persone, non ostante la consumazione. Come giustificare questo risultato? Esso si giustifica pienamente, ed io lo ripeto spesso in queste pagine, con la rescissione. Ma finché questa spiegazione non è trovata, si ha l'*apparenza, non la realtà*, che siano violati i principi sulla consumazione. L'illustre professore di Palermo separa dal contesto, che ne chiarisce il senso, la mia proposizione « i principî sulla consumazione appariscono violati », e mi fa passare per uno che ignori le nozioni più elementari sulla restitutio in integrum. È forse un po' troppo.

Io ho rimproverato agli scrittori che si sono occupati della l. 32 pr. D. h. t. di non aver posto attenzione alla l. 11 § 8, chè altrimenti si sarebbero accorti che essa solleva lo stesso problema della l. 32 pr. Qui come là un'antitesi tra il pensiero di Giuliano e quello di Ulpiano, qui come là l'ammissione di più azioni de peculio senza che sia menzionata la rescissione. Il confronto tra i due testi avrebbe giovato alla retta interpretazione della l. 32 pr., anche se l'averlo trascurato si dovesse attribuire col Riccobono all'imbecillitas del genere umano, anzichè più semplicemente ad una troppo rapida lettura del titolo 15. 1 de peculio. Certo il confronto dei due passi non sarebbe bastato a scoprire che il testo originale di Ulpiano parlava di rescissorium iudicium, come invece lo avrebbe provato lo scolio di Stefano (sch. 75 ad l. 11 § 8), secondo rileva acutamente il Riccobono; ma avrebbe potuto aiutare a vedere nella l. 32 pr. la dottrina di Ulpiano opposta a quella di Giuliano, mentre da altri testi (47 § 3, 32 § 1, 30 § 5 D. 15. 1; 13 pr. D. 14. 3; 4 § 5 D. 14. 5; 1 § 10 D. 15. 2; cfr. anche l. 20 pr. D. 27. 3 e su di essa PERNICE, *Labeo*, II, p. 235, n. 2) si poteva desumere che il rimedio consisteva nella restitutio. Alcuni di questi passi io ho già citato nella mia memoria *L'editto de fructu praediorum ven-*

[1] Vedi la nota a pagina seguente.

Peraltro io lo stimo assai tenue[2]). L' insigne romanista, dietro uno spoglio dei testi che provano il modo di comportarsi di Ulpiano e degli altri giuristi verso l' antitesi « semel... rursus », giunge alla conclusione che in nessun luogo « semel » e « rursus » si susseguono nel senso in cui li adopera la l. 30 § 4. I passi, i quali trattano la questione, analoga alla nostra, se possa essere ripetuto un atto una volta compiuto, non offrono alcun esempio del categorico « ciò che è avvenuto una volta può avvenire di nuovo ». Ora sta di fatto che nelle ll. 11 § 3 D. 15.1 e 3 D. 36.4 è posta la questione se possa avvenire di nuovo ciò che già una volta è avvenuto. Il Gradenwitz scrive che solo la l. 30 § 4 emette nuda e cruda l' affermazione di questa possibilità, mentre negli altri passi la questione viene risoluta negativamente od anche evitata. Poichè il romanista tedesco non discute la sostanza, ma la forma, tutto si riduce a sapere se in una proposizione affermativa il giureconsulto abbia potuto dire « is qui semel egit rursus agere potest », mentre senza difficoltà egli avrebbe detto « quaeritur an is qui semel egit rursus agere possit ». Il lettore può vedere da sè quanto sia sottile questo argomento fondato su una presunta finezza stilistica di Ulpiano.

2. Bisogna dunque cercare, si stimi pure la ricerca pericolosa, nei testi e nelle norme che regolano la responsabilità del pater familias per i debiti dei sottoposti, la prova che la l. 30 § 4 non è genuina. E la questione da risolvere è questa: se il diritto romano classico, per mezzo della rescissione, abbia consentito al creditore di agire ripetutamente contro l' unico debitore de peculio, a quel modo che ha permesso di convenire successivamente i diversi obbligati sino alla totale estinzione del debito.

Sono, a parer mio, due situazioni diverse, e le norme dettate per

dendo locandove (*Studi in onore di V. Scialoja*, I, p. 693, n. 1), dove ho pure (p. 689, n. 1), prima di conoscere la scoperta del Lenel, riassunto la questione della consunzione processuale dell'a. de peculio attorno a questo punto, se e in quali casi il pretore sia intervenuto a rescindere gli effetti della contestatio litis. Non ignoravo dunque, che, come insegna il Riccobono, « la in integrum restitutio può annientare tutti gli effetti di negozi o fatti giuridici secondo il ius civile »!

1) *Zeitschr.* cit. 27, p. 251 sgg.

2) Anche il Lenel nella 2ª edizione del suo *Edictum*, p. 276, n. 3 dichiara che le considerazioni stilistiche del Gradenwitz per sè sole non l'avrebbero convinto.

una non è logicamente necessario che si applichino anche all'altra. Quando vi sono più persone tenute con l'actio de peculio, la rescissione è il mezzo, a volte assolutamente indispensabile, perchè la loro obbligazione non diventi un nome vano. Che gioverebbe chiamare il proprietario a rispondere sussidiariamente anche dei debiti che riguardano l' usufruttuario, se poi il principio dovesse spezzarsi contro la barriera della consumazione? Metterebbe conto di concedere l' azione contro il compratore e il venditore dello schiavo, se tutto il vantaggio dovesse ridursi alla facoltà di scegliere tra i due? Invece non è altrettanto necessario, ed è assai più grave nelle conseguenze, permettere che l'a. de peculio si possa riproporre un infinito numero di volte fino a che il creditore non sia stato pagato dell'ultimo centesimo. Ma sopra tutto è inutile, perchè, esaurito l'attuale peculio senza avere estinto tutti i debiti, quando sapesse di dover ancora rispondere, il pater familias si guarderebbe bene dal concedere al sottoposto un altro peculio, che diverrebbe immediatamente preda dei creditori [1]). Nè mi si opponga che vi sono gli incrementi naturali « ex rebus peculiaribus » - quelli stessi cioè di cui si tien conto nell' a. annalis, dopo che il peculio non esiste più come tale [2]) - perchè, impiegato l'ammontare del peculio nella soddisfazione dei creditori, il pater familias ha il diritto di revocare la concessione [3]), sicchè il pe-

[1]) Il Sintenis, *Linde's Zeitschr.* 15, p. 327, n. 6 osserva che, essendo il peculio esaurito nella soddisfazione del precedente giudicato, il padre dovrebbe costituirne uno nuovo perchè i creditori potessero rivolgersi su di esso, di guisa che l'esigere in tali condizioni la cautio sarebbe un voler legare le mani al pater familias ed equivarrebbe a dirgli: tu non puoi costituire un nuovo peculio se prima non hai pagato i debiti del vecchio. Non so se il Sintenis abbia inteso di esprimere qualcosa di simile a ciò che ho scritto nel testo: certo è che egli aveva una nozione poco esatta dei rapporti di cui discutiamo, poichè riteneva che con la esclusione della cautio si concilii benissimo l'opinione che si possa agire senz'altro se il peculio torna di nuovo in forze, e combatte pertanto l'interpolazione della l. 30 § 4 sostenuta dal Francke.

[2]) Cfr. la mia *Actio de peculio annalis contro gli eredi*, a pag. 6 sgg. (dell'estratto).

[3]) Consento quindi con Erman, *Études*, cit. p. 233, n. 2 che all'estinzione del peculio non basta il semplice fatto che il padrone ne abbia esaurito l'attivo nell'estinzione dei debiti peculiari. Dice bene Marciano (l. 5 regularum) che il peculio « moritur, cum ademptum sit » (l. 40 § 1 D. 15. 1), ma, a parte che l'ademptio può effettuarsi con una semplice manifestazione di volontà (l. 8 D. eod.), il padrone, che ha sborsato ai creditori una somma pari al valore del peculio, è autorizzato a compiere l'ademptio, senza che quelli possano attaccarlo di dolo.

culio non solo non esisterà più come *universitas* distinta, ma non sarà rappresentato nel patrimonio del pater familias neppure da un arricchimento corrispondente [1]).

Del resto io credo che la questione, che ci siamo proposti, sia decisa dalla l. 47 § 2 D. h. t. [2]). Essa prova anzi tutto che l'azione, intentata una volta, si consuma: altrimenti non si penserebbe di ricorrere alle « cautiones ». Ma prova anche che l'azione non veniva restituita, giacchè Paolo nega l'ammissibilità delle « cautiones de futuro incremento peculii », non perchè il creditore fosse abbastanza garentito con la restitutio in integrum, ma perchè il pater familias non è tenuto nella totalità del debito. Il socio deve promettere di

[1]) E come non vengono in considerazione gli « incrementa ex rebus peculiaribus » (fructus, poecorum fetus, ancillarum partus, operae vicarii, azioni contro terzi per danneggiamento, furto. ecc., per delitti cioè da loro commessi sulle cose peculiari), così non si può pensare ad aumenti « ex operis suis » o « ex alia re » (la distinzione è di Giuliano: l. 8 § 8 D. 33. 8), perchè qualunque negozio acquisitivo del sottoposto deve essere compiuto « ex causa peculiari », deve cioè stare in un rapporto obiettivo e subiettivo col peculio, e le eredità, i legati, le donazioni, che altri facesse al servo o al figlio, aumentano il peculio, solo se tale è la volontà del pater familias. Cfr. su di ciò MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 116 sgg., e in particolare si veggano le p. 123 sgg. per la confutazione dell'opinione che le eredità e i legati vadano senz'altro ad aumentare il peculio (contra KARLOWA, *R. Rechtsgesch.* II, p. 1135), e le p. 126 sgg. contro la tesi che « quod ex operis vel ex alia re accedit » non presupponga l'animus peculii concedendi nel pater familias (in senso contrario PERNICE, *Labeo*, I, p. 138 sgg. 140 sgg.; SALKOWSKI, *Zur Lehre vom Sklavenerwerb*, p. 34. n. 63; v. TUHR, *Actio de in rem verso*, p. 164, n. 34). Cfr. anche KELLER, *Iahrbuch des gem. deutsch. Rechts*, III, p. 153-159, dove efficacemente dimostra contro il Dietzel che ogni acquisto per il peculio dipende « ex domini constitutione ».

Per la questione che ci occupa è del resto indifferente che si ritenga occorrere alla costituzione e agli aumenti del peculio un'attiva determinazione della volontà del pater familias o ci si contenti della semplice scienza (cfr. per la seconda alternativa KARLOWA, op. cit. II, p. 1133). Il risultato è sempre il medesimo, e cioè che il pater familias possa impedire la formazione di un nuovo peculio, e che la sua contraria volontà, si esplichi nel rifiuto della « concessio » o nel « non pati » che il figlio e lo schiavo tengano per sè gli acquisti, non possa mai essere considerata come un'ademptio peculii, la quale si sa che non pregiudica i creditori se fatta « dolo malo ». La rescissione della consumazione sarebbe perciò inefficace contro la volontà del dominus.

[2]) PAULUS, *l. 4 ad Plautium*: « Si semel actum sit de peculio, quamvis minus inveniatur rei iudicandae tempore in peculio quam debet, tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii : hoc enim in pro socio actione locum habet, quia socius universum debet ». Cfr. su questo passo KELLER, *Commentatio*, cit. p. 69 sgg; *Litiscontest.* p. 572, *Jahrbuch*, cit. III, p. 164 sgg.

pagare il residuo, ove il suo patrimonio aumentasse [1]), perchè egli gode del beneficio di essere condannato « in id quod facere potest », in altri termini è esonerato per un riguardo alla sua ristrettezza economica dalla necessità di pagare ora tutto il debito, ma non è liberato dall' obbligazione; per dirla in breve, il così detto beneficium competentiae non distrugge il fatto che il socio è tenuto all' intero, « universum debet ».

Invece il pater familias ai creditori peculiari non « debet universum »; la sua obbligazione ha per oggetto soltanto l'ammontare del peculio nell' istante in cui segue spontaneamente l'adempimento o si ottiene la condanna giudiziale. Perciò una volta condannato « dumtaxat de peculio », egli è stato condannato a tutto quello che costituiva il suo debito, e non è obbligato a dar cauzione « de futuro incremento peculii », e tanto meno può essere ulteriormente convenuto con l'actio de peculio [2]).

[1]) Cfr. anche l. 63 § 4 D. 17. 2. ULPIANUS, *l. 31 ad edictum*: « Item videndum, an cautio veniat in hoc iudicium eius quod facere socius non possit, scilicet nuda promissio: quod magis dicendum arbitror ».

[2]) Diverso è il caso della l. 26 § 1 D. 12. 2 (contra BEKKER, *Aktionen*, II, p. 343; RÜMELIN, op. cit. p. 51; KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* II, p. 1143, n. 3; cfr. anche LENEL, *Édit*, I. p. 330, n. 4).

> PAULUS, *l. 18 ad edictum*: « Si pater filium dare non oportere iuraverit, Cassius respondit et patri et filio dandam exceptionem iurisiurandi: si pater iuraverit in peculio nihil esse, filius conveniri poterit: sed et pater ita convenietur, ut post adquisiti peculii ratio habeatur ».

Il padre è convenuto « ita ut post adquisiti peculii ratio habeatur »; ma in precedenza non c'era stata contestazione della lite, per lo meno niente induce a supporlo. Soltanto il padre aveva giurato « in peculio nihil esse », e, poichè il giuramento non estende la sua efficacia al di là di quanto venne giurato, l'exceptio iurisiurandi non si oppone all'esperimento dell'azione per il peculio acquistato posteriormente. Cfr. BERTOLINI. *Il giuramento nel dir. privato romano*, p. 134, n. 175. A torto il Karlowa l. cit. obbietta che il iusiurandum in iure delatum opera la consumazione come la litis contestatio. Paolo (18 ad edictum) si limita a paragonare l'effetto del iusiurandum, sulle diverse azioni che fanno valere la stessa pretesa, con la consunzione processuale (l. 28 § 4 D. 12. 2), e se però anche da questo pnnto di vista si può dire con lo stesso Paolo (l. 17 ad Plautium) che il giuramento surroga la contestazione (« in locum litis contestatae succedit » l. 28 § 2 D. 5. 1), sarebbe erroneo trarne conseguenze ulteriori, poichè in altro luogo del l. 18 ad edictum Paolo distingue tra l'efficacia del iusiurandum e quella della contestatio litis e conseguente consumazione (l. 30 § 3 D. 12. 2). Cfr. contro Karlowa anche LENEL, *Edictum*, 2a ediz., p. 277.

Certo è che se non si accetta la nostra interpretazione della l. 26 § 1 (difesa anche dall'ERMAN, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 19, p. 338, n. 2, *Études*, cit.

Altri luoghi parimenti contrappongono l' una all' altra l' obbligazione del pater familias nell' a. de peculio e quella del marito nell' azione dotale. Nella l. 5 § 2 D. 34. 3 [1]) Marcello rettifica l' opinione di Giuliano, che il padre non possa ripetere ciò che ha pagato, benchè attualmente non vi sia nulla nel peculio:

> « sed est verius quod Marcellus notat patrem repetere posse (nondum enim erat debitor, cum solveret) ».

Invece al marito che abbia soddisfatto la dote, quantunque potesse opporre il beneficium competentiae, Marcello, d' accordo con Giuliano, nega la condictio [2]), « quod debitum solvit ».

Il confronto qui istituito tra il marito e il padre ha lo stesso senso, come ben nota il Keller [3]), della comparazione illustrata dalla l. 47 § 2.

La differenza delle due cause d' obbligazione si fa sentire anche nel constitutum. Il pater e il dominus sono tenuti nella misura del peculio esistente al momento in cui si conclude il constitutum; il marito è tenuto in solidum [4]).

p. 243), converrebbe rifugiarsi nell' ipotesi che l' ultima parte del testo « sed et pater... habeatur » sia interpolata. Ma a renderla probabile non soccorrono neppure gli indizi formali.

[1]) Ulpianus, *l. 23 ad Sabinum*: « Idem Iulianus eodem libro scripsit, si filius familias debitor fuerit et patri eius fuerit liberatio relicta, patrem pacto liberandum esse, ne etiam filius liberetur. Et parvi, inquit, refert, si sit aliquid in peculio die legati cedente necne: securitatem enim pater per hoc legatum consequitur: maxime, inquit, cum rei iudicandae tempus circa peculium spectetur. Huic patri similem facit Iulianus maritum, cui uxor post divortium liberationem dotis legavit: nam et hunc, licet die legati cedente solvendo non sit, legatarium esse: et utrumque ait solutum repetere non posse. Sed est verius quod Marcellus notat patrem petere (*repetere*?) posse (nondum enim erat debitor, cum solveret), maritum non posse, quod debitum solvit. Patrem enim etsi quis debitorem existimaverit, attamen loco esse condicionalis debitoris, quem solutum repetere posse non ambigitur ».

[2]) Cfr. anche l. 8 e 9 D. 12. 6.

[3]) *Jahrbuch* cit p. 165 sgg.

[4]) Cfr. l. 1 § 8 e 3 pr. D. 13. 5 (Lenel, *Palingenesia*, Ulpianus, 788):

Ulpianus, *l. 27 ad edictum*: « Sed et is, qui honoraria actione, non iure civili obligatus est, constituendo tenetur: videtur enim debitum et quod iure ho-

Ulpianus, *l. 27 ad edictum*: « Quod si maritus plus constituit ex dote quam facere poterat, quia debitum constituerit, in solidum quidem tenetur, sed

La l. 35 D. 46. 1 [1]) distingue secondo che il fideiussore di un debito del servo sia intervenuto « pro servo » o « pro domino ».

Ora mi sembrerebbe logico che, se il padre e il domino potessero essere convenuti per i successivi aumenti del peculio, se cioè la loro obbligazione si estendesse quanto quella del sottoposto e finisse solamente con la completa estinzione di quest' ultima, il costituto per una somma maggiore di quella attualmente compresa nel peculio avrebbe dovuto esser valido, e la responsabilità del fideiussore non avrebbe dovuto restringersi all' ammontare del peculio « quod tunc erit cum res iudicatur ». Ciò significa che « res iudicatur » una volta sola per sempre.

3. Assai difficile è l'esegesi della l. 11 D. 12. 6 [2]); ma, poichè la dottrina di Ulpiano è accertata dalle ll. 5 § 2 D. 34. 3 e 1 § 8 D. 13. 5 [3]), come quella di Paolo lo è dalle ll. 20 D. 13. 5 e 35 D. 46. 1, l'in-

norario debetur. Et ideo et pater et dominus de peculio obstricti si constituerint, tenebuntur usque ad eam quantitatem, quae tunc fuit in peculio, cum constituebatur: ceterum si plus suo nomine constituit, non tenebitur in id quod plus est ». mulieri in quantum facere potest condemnatur ».

Cfr. anche l. 20 D. 13. 5. PAULUS, *l. 4 ad Plautium*: « Nec enim quod crescit peculium aut decrescit, pertinet ad constitutoriam actionem ».

[1]) PAULUS, *l. 2 ad Plautium*: « Cum fideiubeat aliquis pro servo, in solidum tenetur, etiamsi nihil in peculio sit. Plane si pro domino fideiubeat, cum quo de peculio est, dumtaxat de peculio tenebitur, quod tunc erit, cum res iudicatur ».

[2]) ULPIANUS, *l. 35 ad Sabinum*: « Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus quam in peculio est solverit, repetere non potest ».

[3]) Mentre io credo di dover respingere il dubbio affacciato dall'ERMAN, *Études* cit. p. 242, che Ulpiano seguisse Giuliano nell'imporre al pater familias un'obbligazione di equità, anche attuale, per il debito intero (cfr. pure la recisa antitesi della l. 44 D. 15. 1: ULPIANUS, *l. 63 ad edictum*: « Si quis cum filio familias contraxerit, duos habet debitores, filium in solidum et patrem dumtaxat de peculio ») aderisco alla sua opinione che la tesi giulianea sia stata accettata dai compilatori, non solo perchè, com' egli avverte (ivi p. 229, n. 1), essi hanno inserito la l. 11 D. 12. 6 nella *sedes materiae* accanto alle ll. 8 e 9, le quali rifiutano la condictio al marito che abbia pagato « quod facere non potest », e la recezione della seconda parte della l. 5 § 2 D. 34. 3 deve essere l' effetto d'una svista, ma anche perchè, concedendo la ripetizione dell' a. de peculio, come fa la l. 30 § 4 nella compilazione, Triboniano non poteva adottare gli argomenti degli avversari di Giuliano.

terpretazione che abbiamo sostenuta per la l. 47 § 2 D. h. t. [1]) non soffre dubbi, comunque s'avesse da concludere in merito al testo di cui parliamo.

Con la l. 11, una vera croce degli interpreti [2]), Ulpiano sembra esporre l' opinione contraria a quella accolta nella l. 5 § 2. Io credo che non si vada lungi dal vero supponendo un rimaneggiamento dei compilatori. Ivi, più ancora che nella l. 30 § 4, è probabile che una larga trattazione di Ulpiano sia stata accorciata e modificata. Si noti che il frammento è estratto dal l. 35 ad Sabinum, e non è inverosimile che Ulpiano qui pure, come nel l. 23, da cui è tolta la l. 5 § 2, riferisse l' opinione di altri giureconsulti, forse dello stesso Giuliano, forse addirittura di Sabino [3]), e la confutasse, non altrimenti che nell'altro testo, ma che, per le mutilazioni subìte quando venne inserito nelle Pandette, il frammento manchi ora della seconda parte. O, se questa ipotesi non piace, bisognerebbe spiegare la decisione con motivi speciali al caso esaminato nel passo, giacchè non si può ammettere che Ulpiano si contraddicesse entro la stessa opera [4]).

Lasciamo stare la l. 11, e portiamo l' indagine sull' opinione di Giuliano respinta da Marcello e da Ulpiano nella l. 5 § 2. Alla sua

[1]) Il GRADENWITZ, *Zeitschr.* cit. 27, p. 257, con la sua critica penetrante, ha segnalato i motivi per cui si può sospettare che il testo debba la forma attuale ai tagli dei compilatori. Dopo «si *semel* actum sit de peculio» si aspetterebbe una considerazione sulla possibilità di ripetere l'azione; il passo sarebbe pienamente intelligibile, se cominciasse con «quamvis minus»; in un capitolo sul peculio non occorre rilevare che il convenuto de peculio viene condannato solo nella misura del peculio; ad ogni modo, se si crede di rilevarlo, la frase «si semel actum sit de peculio» va oltre il segno, essa esige che il lettore inserisca tra «actum sit» e «quamvis» qualcosa come «amplius agi non potest, sed». È chiaro, e ciò importa ai fini del nostro studio, che codeste cancellature, od altre di simil genere, non hanno sostanzialmente modificato il contenuto classico del frammento. Già prima del Gradenwitz l'ERMAN, *Études* cit. p. 240, n. 2, giudicava probabile, atteso il carattere dell'opera di Plauzio, che anche qui egli esponesse una controversia, di cui Paolo, o più verosimilmente i compilatori non hanno conservato che il risultato: «non placuit».

[2]) Cfr. gli autori citati sopra a p. 47, n. 2 e GRADENWITZ, *Zeitschr.* cit. 27, p. 257, n. 1.

[3]) Che il testo nella sua sostanza provenga da Sabino? Qualche frase appartiene facilmente ai compilatari, per es. «... actum est»; per quale ragione la non ripetibilità del pagamento dovrebbe dipendere dalla contestatio litis? Che Giuliano rifiutando la condictio indebiti, seguisse l'opinione di Sabino e della sua scuola? Io non sarei alieno dal rispondere affermativamente.

[4]) D'altra opinione LENEL, *Édit.* I, p. 332, n. 2.

tesi che il pater familias non possa ripetere ciò che ha pagato oltre l'ammontare del peculio (e lo stesso è da pensare per l'affermazione che il legato della liberatio sia efficace, anche se nel dies legati cedens non ci sia nulla nel peculio) tocca la stessa sorte che vedemmo riserbata al diniego della rescissione contro la consumazione.

È notevole che il celebre giureconsulto trattasse il pater familias come un debitore puro e semplice anche di quella parte del debito che non è coperta dal peculio. Dato questo modo di vedere, quale soluzione avrà egli adottato nel caso della l. 47 § 2? L'Erman [1]) crede che Giuliano non possa aver accettato, senza cercare di reagire, la liberazione definitiva del pater familias mediante l'azione intentata per un peculio insufficiente: l' ideale di Giuliano deve essere stato piuttosto nella direzione della l 30 § 4 D. h. t. Ma ciò non è attendibile, sia perchè Giuliano, contrario alla rescissione, doveva esserlo anche alla limitazione della consumazione, ed infatti egli evitava le conseguenze della sua teoria soltanto con la divisione dell'azione, sia perchè, riguardando il padre come tenuto in certo modo per il debito intero, doveva più facilmente venire alla conclusione che anche l'azione fosse consumata per intero. Ciò che si può concedere, è che Giuliano ammettesse le cautiones escluse da Paolo: non solo il « non placuit » accenna ad una controversia [2]), ma, poichè Giuliano rifiutava la condictio indebiti, egli non avrebbe potuto far sua la motivazione implicita in quella di Paolo, che il pater familias « non debet universum ».

Se la nostra congettura [3]) si apponesse al vero, ne risulterebbe che neppure nel caso d' insufficienza del peculio la rigida teoria giulianea disprezzava le ragioni dell' equità. Nell' ipotesi del compratore e venditore, pur negando la restitutio in integrum, suggeriva il rimedio della divisione dell' azione; nell' ipotesi di cui discutiamo ovviava agli effetti della consumazione con l' imposizione delle cautiones [4]), e questa

[1]) *Études* cit. p. 229.

[2]) Cfr. anche ERMAN, op. cit. p. 240.

[3]) La enuncia anche ERMAN, op. cit. p. 242, alternativamente con l' altra che abbiamo sopra combattuta.

[4]) Le quali, si noti, posseggono un' efficacia che manca alla restitutio in integrum. Questa, essendo diretta contro l' effetto estintivo della contestatio litis, permette la rinnovazione del giudizio, ma non tocca menomamente i rapporti del padrone col peculio, e la validità dell' ademptio, immune da dolo perchè compiuta

volta dal punto di vista dell' equità si lasciava indietro di molto il suo contradittore Marcello.

4. I critici odierni, che hanno affermato l' interpolazione della l. 30 § 4 D. h. t, con migliore fortuna dei loro ignorati predecessori, non si sono dati la pena d' invocare a sostegno della loro tesi la l. 47 § 2 D. eod. e gli altri passi sopra esaminati, benchè essi costituiscano per l' emblema, o quanto meno per l' alterazione del frammento ulpianeo, una prova, che indarno si cercherebbe nelle immaginarie interpolazioni di altri testi. Al contrario i romanisti, i quali credettero alla genuinità della l. 30 § 4, hanno discusso lungamente e variamente dei rapporti tra i due luoghi di Ulpiano e di Paolo. Un breve esame dei loro ragionamenti è indispensabile per noi, che sul confronto dei due testi abbiamo fondato l' opinione che il primo debba essere alterato [1]).

Il Keller, che nella *Commentatio* sembra dare l' interpretazione esatta della l. 47 § 2 [2]), altrove [3]) ritiene che Paolo non si esprima circa il modo con cui deve essere provveduto a scongiurare il danno del creditore, ma tuttavia pensasse alla restitutio in integrum, che l' attore a suo tempo, « aucto peculio », impetrerà dal pretore.

Io dubito che il Keller non apprezzi tutta la portata del ragionamento fatto dal giureconsulto Chi concede la restitutio in integrum,

quando il contenuto del peculio era stato già consumato nella soddisfazione dei creditori, permane. Invece le « cautiones de futuro incremento peculii » hanno la virtù di rendere illecita l' ademptio. Poichè il domino, conseguentemente all' impegno preso con la cautio, è tenuto a riservare ai creditori anche i futuri aumenti del peculio, egli non deve frustrare la sua obbligazione. Potrà bensì impedire gli aumenti che presuppongono una nuova concessione (es. eredità, donazioni ecc.), ma non potrà revocare la concessione primitiva. L'ademptio, che è perfettamente regolare quando non si prestano le cautiones, diventa dolosa nel caso contrario. Sulla natura della cautio, che consiste in una semplice promessa verbale, cfr. la l. 63 § 4 D. 17. 2.

[1]) La dottrina, esposta anche da PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, p. 154, che l' actio de peculio si possa sperimentare novamente, ricostituito il peculio, per il residuo credito, se agendo una prima volta non si ottenne piena soddisfazione, può ammettersi nel diritto giustinianeo sul fondamento della l. 30 § 4 D. h. t. ed anche della l. 11 D. 12. 6 probabilmente interpolate, sebbene essa sia in contraddizione coi principî enunciati nella l. 47 § 2 D. h. t. e in altri luoghi circa l' obbligazione del pater familias: ma nel diritto classico è proprio vero l'opposto.

[2]) La quale si trova anche in ALTMANN, *Das beneficium competentiae*, p. 24 sgg.

[3]) *Jahrbuch* cit. p. 166. Cfr. KRÜGER, *Process. Consumtion*, p. 75, n. 18.

*

mostra di considerare il pater familias come debitore dell' intero, ed elimina l' ostacolo processuale, formale, che unicamente si oppone alla realizzazione del credito. In altri termini la restitutio in integrum distrugge gli effetti della contestatio litis, e fa rivivere l' obbligazione del pater familias, per la quota non estinta da un pagamento effettivo; ma per giungere a questa conseguenza bisogna appunto supporre che il pater familias sia tenuto nell'intero debito, e non nei limiti del peculio attuale, bisogna cioè ammettere che « universum debet » il contrario di quello che afferma Paolo. D'altra parte poi, se ciò fosse, non si capirebbe più perchè l' attore dovesse contentarsi del rimedio, incerto, almeno per quanto dipende dalla discrezione del pretore [1]), della restitutio, e non potesse pretendere quelle « cautiones », che, mentre non aggravano ingiustamente il convenuto, mettono l'attore al sicuro da ogni rischio [2]).

Diversamente dal Keller, sostiene il Karlowa [3]) che nella l. 47 § 2 sia detto chiaramente che, a rendere possibile una nuova azione de peculio, non è necessaria alcuna cauzione. Ma è proprio su questo punto che il passo non si pronuncia in nessun modo; esso decide soltanto che il convenuto non deve essere costretto a dare cauzione « de futuro incremento peculii », ed è dal fatto della proposizione di un tale quesito che noi deduciamo, con fondamento, quale fosse l'avviso di Paolo circa la possibilità di agire novamente per il residuo con l' actio de peculio. Inoltre il Karlowa non si cura affatto del motivo per cui la cauzione ha luogo nell' actio pro socio: « quia socius universum debet ». La differenza tra questa azione e l' actio de peculio deve, secondo lui, consistere in ciò, che nella prima la contestatio litis consuma l' intero ammontare del credito, e nella seconda la deduzione in giudizio è limitata, da una demonstratio o praescriptio demonstrationis loco, all' attuale valore del peculio. Peraltro questa formula dell' actio de peculio non si può certo dimostrare con la l. 47 § 2, dove la disputa verte unicamente sull' obbligo del convenuto di prestare cauzione, o, se si vuole, sulla facoltà del giudice di imporla, ma non si discute se esista o meno il bisogno di ricorrervi [4]). Poichè

[1]) Cfr. anche BEKKER, *Aktionen* II, p. 344.
[2]) Cfr., contro Keller, anche BARON, op. cit. p. 84.
[3]) Op. cit. II, p. 1143 sgg.
[4]) Cfr. ERMAN, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 19, p. 33[2], n. 3.

si fa questione, se abbian luogo le cauzioni, a me pare che implicitamente se ne ammetta il bisogno; ma, se anche si potesse pensare il contrario, di una cosa non sarebbe mai lecito dubitare, che il testo nega le cauzioni nell'actio de peculio e le ammette nell'actio pro socio, non perchè in un caso non ce ne sia bisogno e nell'altro sì, ma perchè soltanto il socius, e non anche il pater familias, « universum debet » [1]).

Le stesse obbiezioni si possono su per giù opporre al Bekker [2]), che fa dipendere la decisione di Paolo da un motivo non espresso nel testo nè tale che possa con certezza esserne desunto: la consumazione nell'actio de peculio non supera l'ammontare della condanna, e quindi a garanzia dell'attore non c'è bisogno delle cauzioni, e tanto meno della restitutio in integrum.

La tesi fondamentale del Bekker sulla consumazione dell'actio de peculio trova la sua confutazione nei testi sopra esaminati e nei risultati delle ricerche precedenti. Qui dobbiamo occuparcene solo per ciò che riguarda l'esegesi della l. 47 § 2. Se la differenza tra l'actio de peculio e l'actio pro socio dovesse consistere nella varia misura della consumazione, difficilmente il giureconsulto avrebbe detto che le cauzioni occorrono nell'actio pro socio perchè il socius « universum debet », giacchè da questa proposizione si deduce argomentando a contrario che il convenuto con l'actio de peculio « *non* debet universum », proprio il risultato opposto di quello a cui logicamente dovrebbe pervenire il Bekker. Il significato del passo è peraltro così chiaro che l'illustre romanista non ha potuto non riconoscerlo. Egli infatti confessa che necessariamente a contrario si deve dire: « dominus non universum debet » [3]). Anzi la forza dell'argomento, derivato da quel-

[1]) Poichè, al pari del socio, il marito « debet universum », anche nell'a. rei uxoriae dovettero trovare applicazione le cautiones: Giustiniano nella l. 1 § 7 C. 5. 13 riproduce il diritto classico. La l. 8 C. 5. 18 sembra ammettere che l'azione possa reintentarsi anche senza la cauzione; il che, o si spiega supponendo con FRANCKE, *Archiv f. civ. Praxis* 23, p. 427 che il marito non sia stato la prima volta convenuto ma abbia pagato spontaneamente (contro SINTENIS, *Linde's Zeitschr.* 15 p. 325, n. 2), o forse anche pensando che la costituzione di Diocleziano e Massimiano (a. 294) si riferisca al processo extra ordinem, ovvero porterebbe a sospettare che il testo sia interpolato.

[2]) *Process. Consumption*, p. 83 sgg., *Aktionen* II, p. 343. Cfr. anche BARON, op. cit. p. 83; POKROWSKY, *Zeitschr.* cit. 16, p. 36.

[3]) Cfr. BEKKER, *Aktionen*, II, p. 343.

l'antitesi, gli sembra tanto stringente che non vale a menomarla la frase: « minus inveniatur rei iudicandae tempore in peculio quam *debet* ». Se pure queste parole provengono da Paolo, esse costituiscono un' imprecisione di linguaggio; il giureconsulto non può aver pensato ad un « dominum debere » in senso tecnico « plus quam est in peculio », ma deve aver voluto dire soltanto che il « debitum » in genere, il quale peraltro non è nessun « debitum domini », supera l'ammontare del peculio [1]) A queste belle osservazioni il Bekker non si accorge di contraddire, ammettendo la successiva ripetizione dell'actio de peculio: egli non avverte che in tal modo viene a trattare il domino come se fosse debitore dell' « universum » [2]).

[1]) È probabilissima la congettura del BARON, op. cit. p. 82, n. 42, il quale legge *debetur* (minus inveniatur in peculio quam debetur) invece di *debet*. L'ERMAN, nella *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 19, p. 338, n. 3, pensa ad un « debet filius (servus) »; negli *Études* cit. p. 239, riferisce con un punto interrogativo la lezione « debetur ».

[2]) Nella sua polemica contro Bekker, il LENEL, *Édit*, I, p. 331 sgg. incorre nello stesso vizio dell'avversario, di non utilizzare convenientemente l'interpretazione esatta data alla l. 47 § 2. Egli crede che le formule dell'a. de peculio e delle azioni con taxatio al quod facere potest si assomigliassero (il che è vero), e che i giureconsulti respingessero l'estensione, alle azioni della seconda specie, del principio che l'a. de peculio consuma il diritto dell' attore solamente nei limiti del peculio attuale. Questo principio è falso, e ad ogni modo la l. 47 § 2 non mostra affatto che il suo autore procedesse nell'enunciare la distinzione dal punto di vista supposto dal Lenel.

Ora, nella 2a edizione dell'*Edictum*, p. 277, modificando i suoi ragionamenti, il Lenel riconosce che la decisione della l. 47 § 2 si giustifica col riflesso che l'avente la potestà non deve al creditore nulla più che l'ammontare attuale del peculio. Ma la sua affermazione, che il frammento non riguardi punto la consumazione, è inesatta, per lo meno in quanto la questione ivi discussa sorge dal fatto della consumazione. E forse esagerati sono gli inconvenienti che pel Lenel derivano dall'imposizione delle cauzioni. Egli ritiene che bisognasse concedere al pater familias la facoltà di detrarre subito di fronte ad altri creditori l'importo dell'obbligazione dall'incrementum peculii, altrimenti la responsabilità del capocasa si sarebbe estesa, contrariamente all'editto, oltre la misura del peculio.

A me sembra che in nessun caso il pater familias verrebbe ad esser tenuto al di là del peculio (oltre i limiti del peculio *attuale* sempre). La cautio permetterebbe all'attore di riproporre la sua azione, non ostante la consumazione (e impedirebbe al convenuto, come fu già osservato, di frustrare l'aumento del peculio), ma non dovrebbe mutarne la condizione di creditore peculiare. L'obbligazione, dal dominus assunta con la cautio, non è mai deducibile (arg. l. 19. § 2. D. 13. 5), poichè anzitutto il dominus non si obbliga « servi nomine », come sarebbe necessario per far luogo alla deductio (l. 9 § 8 D. 15. 1), ma è costretto a prestare la cautio per effetto della responsabilità adiettizia sua propria, e poi il diritto di de-

Dalla nostra interpretrazione della l. 47 § 2 non differisce quella sostenuta ripetutamente dall' Erman. Già nel *Servus vicarius* [1]) egli riconosceva che il motivo per cui il padre non può essere costretto a fornire la cauzione « de futuro incremento peculii » è la mancanza dell' obbligo di fornirla, e non il difetto d' interesse del creditore a riceverla perchè la consumazione non opererebbe per il peculio futuro. E a questa esegesi, rigorosa ed esatta, l' insigne romanista di Münster si è attenuto anche nei suoi studi posteriori.

Non lo ha turbato neppure la circostanza che Stefano [2]) fa dipendere chiaramente la necessità delle cautiones nell' a. pro socio dalla consumazione che qui avverrebbe dell' intero credito, mentre nell' a. de peculio sarebbe consumata soltanto la parte del credito equivalente all' ammontare del peculio e per il resto si potrebbe agire di nuovo. Come Stefano sbaglia nei suoi ragionamenti sulla formula dell' a. pro socio [3]), così egli non è esattamente informato circa la consumazione dell' a. de peculio. La sua interpretazione, scrive egregiamente l' Erman [4]), è buona per accordare nelle Pandette (15 1) le *leggi* di Giustiniano, 30 § 4 e 47 § 2, con un « novum inventum, quod dissonantiae querellam dissolvat », che i professori giustinianei dovevano ricercare « subtili animo », ma essa presta a Paolo e Plauzio un ragionamento bizzarro e inverosimile, in quanto che l'idea essen-

duzione, accordato da Giuliano pel caso che « dominus servi nomine obligatus est », è negato da Marcello ed Ulpiano (l. 9. § 8 cit.), tantochè in definitiva quel diritto nasce solamente con la condanna o col pagamento. D'altra parte non si può addebitare al dominus se, verificatosi l'incrementum peculii, altri creditori più solleciti ne hanno approfittato, perchè il creditore peculiare protetto dalla cautio deve, al pari d' ogni altro, tollerare che il domino detragga dal peculio « si de peculio conventus dominus condemnatus est » e « si quid servi nomine non condemnatus praestitisset creditori ». Perciò non sarebbe da temere neppure l'altra conseguenza giustamente deplorata dal Lenel, che l'attore de peculio mediante la cautio potesse sequestrare per sè, a danno degli altri creditori, il peculio futuro.

Queste osservazioni mi era necessario di fare, perchè il lettore non credesse che io, dicendo probabile l'ammissione delle cautiones da parte di Giuliano, gli abbia attribuito le iniquità che secondo il Lenel vi sarebbero contenute.

[1]) P. 512, n. 3.

[2]) Sch. 9 in Bas. XII, 1, 61; 189 in Bas. XII, 5, 47. Cfr. anche lo sch. 188 (Cyr.), ibidem.

[3]) Cfr. Lenel, *Edit*, I, p. 331, n. 4.

[4]) *Études* cit. p. 241.

ziale di Stefano - la consumazione e il suo effetto totale o ristretto - non è menomamente indicata nel testo. Senza la l. 30 § 4 non si sarebbe mai veduta nella frase «quia socius universum debet» un'allusione alla consumazione.

Ottime riflessioni, che mi giova addurre in appoggio delle mie! Dopo di che io non so spiegarmi la conclusione dello stesso Erman[1]), che, in qualunque modo s'intenda la l. 47 § 2, o la si riferisce alla utilità della cauzione per l'attore o alla sua necessità per il convenuto, essa prova in ogni caso che la consunzione ristretta al peculio esisteva al tempo di Plauzio e Paolo, i quali anche l'ammettevano, ma prova pure che accanto a questa c'era un'altra teoria, quella della consuuzione totale.

La l. 47 § 2, insisto nella mia idea, non prova nessuna di queste proposizioni che vorrebbe dedurne l'Erman. Io la riferisco, al pari di lui, all'obbligo del convenuto; credo cioè che Plauzio e Paolo cercassero se il pater familias fosse tenuto a prestare la cautio. E non mi ripugna l'affermazione dello stesso autore, che la frase «tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii» provi l'effettiva esistenza di dissensi intorno a questa cauzione. Ho già ammesso che forse l'obbligatorietà della cauzione era difesa da Giuliano, e che Paolo, e se si vuole anche Plauzio, respingono una teoria giulianea nel § 2, come ad un'altra teoria giulianea si oppongono, invocando l'autorità di Proculo, nel § 3.

Ma al di là di questo punto non è lecito procedere, se non si sbriglia la fantasia. Coloro, i quali suppongono che la l. 47 § 2 escluda la cauzione per la sua inutilità, sono logici nel ritenere che i giureconsulti favorevoli alla cauzione dovevano ammettere che essa fosse utile per l'attore, e però gli uni erano partigiani della consunzione ristretta, gli altri della consunzione totale dell'a. de peculio.

Invece noi sul testo della l. 47 § 2 possiamo fondare una sola conseguenza: che, se qualche giureconsulto ha ammesso la cauzione, deve averlo fatto perchè credeva di potere applicare al padre lo stesso motivo che al socius: «universum debet». Ma se il pater familias convenuto con l'a. de peculio «debet universum», come il socio nell'a. pro socio, quell'azione deve consumarsi per intero al pari di

[1]) *Études* cit. p. 243.

questa. La cauzione dovette avere lo stesso fine in entrambi i casi: rendere possibile un nuovo processo, malgrado l'avvenuta consumazione [1].

[1] Il tema della consumazione dell'a. de peculio sarà esaminato direttamente in altro lavoro, per cui questi studi, insieme con quello sull'a. annalis, porgono gran parte del materiale esegetico. Un altro frammento, la l. 1 § 2 D. 15. 3, del quale parimenti s'impugna la genuinità, non può essere apprezzato convenientemente che in uno studio sull'a. de in rem verso.

Al riscatto dello schiavo col suo peculio, di cui mi sono occupato nel n. 3 del secondo di questi studi, è dedicata una monografia del SEUFFERT *Der Loskauf von Sklaven mit ihrem Geld* nella *Festschrift für die jur. Fakultät in Giessen* 1907, p. 3 sgg. Neppure il Seuffert ha visto la differenza che io ho cercato di lumeggiare tra la posizione dello schiavo che si procaccia direttamente la libertà col proprio peculio, nel qual caso il padrone sa ciò che riceve e ciò che dà in cambio, e la posizione di chi si fa riscattare da un terzo fornendogli il denaro tratto dal peculio. Nel secondo caso il padrone potrebbe credere di aver venduto lo schiavo per un prezzo effettivo, e si troverebbe ad aver riscosso ciò che già è suo. Logicamente quindi Giuliano decideva, e Ulpiano ne riproduce la dichiarazione, che chi redime un liber bona fide serviens per mandato di lui e ne paga il prezzo col denaro preso dal peculio appartenente al possessore di buona fede, non ha nessun'azione contro il venditore dopo che il bona fide serviens è stato riconosciuto libero, perchè, se è vero che ha sofferto l'evizione, è anche vero che non ha sborsato nulla dando al venditore i denari che sono proprietà del medesimo.

Il Seuffert, che non ha presente la distinzione da me enunciata, inferisce (p. 19) dalla l. 8 § 5 D. 17. 1 che al tempo di Giuliano non si considerava come una prestazione adempiuta coi mezzi dello schiavo il pagamento fatto col peculio; un tale concetto si sarebbe svolto in epoca posteriore. Ma allora perchè Ulpiano ripeterebbe la dottrina giulianea, sebbene al tempo suo esistesse, come il Seuffert riconosce, la regola opposta? Non soddisfa la spiegazione del Seuffert, che Ulpiano aderisca all'insegnamento di Giuliano perchè ai casi discussi da quest'ultimo non si applica l'ordinanza dei divi Fratres. Sia pure che il liber bona fide serviens non ha bisogno di prevalersi della norma, in forza della quale lo schiavo, che ha dato il denaro ad altri perchè lo riscatti e lo manometta, può costringere costui a liberarlo; ma il principio che il compratore non possa pagare coi denari tolti dal peculio vige per lo schiavo e si applica al bona fide serviens, e dura ancora al tempo di Diocleziano. L'interpretazione della l. 8 § 5 per noi non presenta alcuna difficoltà: tuttavia lo scritto del Seuffert mi ha porto l'occasione di ritornare sopra alla l. 4 § 1 D. 40. 1 e di convincermi che veramente questo passo sembra ammettere la possibilità di una redemptio servi fatta dal fiduciario con mezzi provenienti « ex peculio quod ad venditorem pertinet ». Ora ciò è smentito dalla c. 1 C. 4. 36 e dalla l. 8 § 5 D. 17. 1. Forse la l. 4 § 1 non è stata rispettata dai compilatori, che coi « sive » e coi « vel » hanno voluto dar sfogo a quella che è stata chiamata la loro completomania. Qualche indizio formale non manca: il « se delegante » non appare in nessun altro luogo (cfr. SEUFFERT op. cit. p. 5, n. 1).

INDICE